

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

**Istituzioni, mercati e tutele: diritto delle società e dei mercati
finanziari**

Ciclo XXII

Settore/i scientifico-disciplinare/i di afferenza: IUS/04

SOCIETÀ DI CAPITALI AMMINISTRATICI DI SOCIETÀ DI PERSONE

Presentata da: Dott. Claudio Bolognesi

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Francesco Vella

Chiar.mo Prof. Sergio Patriarca

Esame finale anno 2011

INDICE

Capitolo I

Introduzione

Paragrafo 1 – Utilità e svantaggi di una nuova prospettiva.....p.	1
Paragrafo 2 – Delimitazione del problema e approccio metodologico	13

Capitolo II

Il problema delle persone giuridiche amministratrici di società (di persone)

Paragrafo 1 – Premessa: insufficienza dell'argomento letterale e profili tematici rilevanti.....p.	19
Paragrafo 2 – Gli argomenti ostativi alla fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone e il loro superamento, prima e dopo la riforma delle società	
2.1. Introduzione.....p.	25
2.2. L'applicabilità dell'art. 2542 c.c. (già art. 2535 c.c.)	26
2.3. La riserva di legge nella nomina degli amministratori	30
2.4. La rilevanza dell' <i>intuitus personae</i>	34
2.5. Società di persone e responsabilità limitata	37

2.6. Il divieto di rappresentanza nel consiglio di amministrazione (delle società di capitali): argomento inconferente (nelle società di persone)?	p. 47
2.6. (In)compatibilità tra modelli societari.....	p. 50

Paragrafo 3 – Cenni sull’argomento negli ordinamenti stranieri

3.1. L’ordinamento francese.....	p. 55
3.2. L’ordinamento tedesco	p. 61
3.3. L’ordinamento inglese.....	p. 67

Paragrafo 4 – Il modello di amministrazione del G.E.I.E

p. 75

Paragrafo 5 – Le opportunità della disciplina della Società Europea

p. 82

Capitolo III

Il problema dell’amministratore – non socio nelle società di persone e le sue “interferenze” con quello dell’amministratore – persona giuridica

Paragrafo 1 – Premessa: ricognizione delle tesi esistenti

p. 87

Paragrafo 2 - La soluzione “obbligata” per le s.a.s.....

p. 93

Paragrafo 3 – Le problematiche nelle società semplici.....

p. 103

Paragrafo 4 – Alcuni dubbi per le società in nome collettivo

p. 112

Capitolo IV

Società di capitali amministratrici di società di persone: le novità della riforma

Paragrafo 1 – La tesi positiva: due articoli bastano a suffragarla?p. 125

Paragrafo 2 – Profili di disciplina della fattispecie società di capitali –
amministratrice di società di persone: per un tentativo di ricostruzione

2.1. Introduzione.....p. 130

2.2. Sulla necessità od opportunità di indicazioni statutariep. 131

2.3. La designazione della persona fisica concretamente preposta alla
gestione.....p. 142

2.4. L'applicazione delle formalità pubblicitariep. 150

2.5. Alcune considerazioni sulla società di capitali – amministratrice di
fatto di società di personep. 158

Capitolo V

Sintesi e considerazioni conclusivep. 169

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....p. 195

CAPITOLO I

Introduzione

Sommario: Paragrafo 1 – Utilità e svantaggi di una nuova prospettiva; - Paragrafo 2 – Delimitazione del problema e approccio metodologico.

Paragrafo 1 – Utilità e svantaggi di una nuova prospettiva

Il tempo trascorso dall'entrata in vigore del D. Lgs. n. 6/2003 ha consentito la sedimentazione di una molteplicità di tesi volte ad un progressivo allargamento delle novità previste per le società di capitali alle altre organizzazioni collettive e segnatamente alle società di persone.

La tendenza della dottrina, seguita da una parte sempre più cospicua della giurisprudenza, a “sfruttare” le aperture volute dal Legislatore riformato all'autonomia (e, senza alcun intento polemico, potremmo dire alla “fantasia”) statutaria, ha condotto non solo all'applicazione estensiva e, quando consentito, analogica, alle società personali di vari istituti contemplati *ab origine* per le sole società di capitali, ma anche al vero e proprio superamento di principi condivisi dalla scienza giuscommercialistica classica.

Non può esser negato che un simile atteggiamento muove, il più delle volte, da esigenze pratiche vicine agli operatori giuridici del settore, propensi a modulare l'applicazione del diritto positivo in relazione ai mutevoli fini perseguiti, spesso costituiti da opportunità di adattamento delle imprese ai cambiamenti del mercato se non, nei casi meno “nobili”, da semplici occasioni di risparmio di costi o incremento del lucro.

Questa osservazione non vuole esser in alcun modo espressione di un giudizio valutativo in merito alla prassi di plasmare l'interpretazione delle leggi in relazione alle esigenze economiche, ch , anzi, il diritto oggettivo e, in particolar modo, quello commerciale, nasce e deve continuar ad esser strumento di realizzazione di attiv   economiche, agevolando gli

scambi e le aggregazioni imprenditoriali, in un contesto transnazionale ormai caratterizzato da un deciso *favor* legislativo per la libera concorrenza tra imprese ¹.

Lo scopo di questa Introduzione è proprio quello di evidenziare dati reali, relativi alla diffusione di interpretazioni giuridiche “liberali”, talvolta agli estremi confini dell’interpretazione sistematica ²: al perseguimento dello stesso è volta l’illustrazione di alcuni esempi concreti, che consentono di accostarci all’argomento oggetto del presente lavoro nell’ottica dell’utilità pratica della nuova prospettiva dell’ampliamento degli effetti della riforma delle società di capitali sulle società di persone. La visione utilitaristica sottesa all’impostazione ora riferita sarà peraltro oggetto di più dettagliate critiche al successivo paragrafo 2, in quanto foriera di un pericoloso disorientamento nell’imparziale analisi giuridica della legittimità della fattispecie società di capitali amministratrice di società di persone.

Un primo caso concreto di estensione alle società di persone della disciplina dettata per le società di capitali è rappresentato dalla innovativa possibilità di omettere nello statuto di queste ultime l’indicazione dell’indirizzo della sede sociale, cioè della via e del numero civico.

Infatti, è noto che gli artt. 2328, 2463, 2521 c.c. rispettivamente per le s.p.a., le s.r.l. e le cooperative, nonché l’art. 2454 c.c. che per le s.a.p.a. richiama le norme sulle s.p.a., consentono la sola indicazione in statuto del Comune ove è ubicata la sede sociale, mentre l’art. 111 ter disp. att. c.c. impone al richiedente l’iscrizione nel registro delle imprese l’onere di specificarne nella domanda la via e il numero civico.

Sono evidenti le implicazioni pratiche causate da una simile semplificazione in termini di risparmio di tempi e di costi, considerato che l’omessa indicazione in statuto dell’indirizzo sociale consente all’organo gestorio di cambiarlo all’interno dello stesso Comune, senza che ciò costituisca una modifica statutaria e quindi senza necessità di una delibera dell’assemblea

¹ Di nuova *lex mercatoria* intesa come diritto creato dal ceto imprenditoriale parla anche F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 189 ss.

² Non è questa, ovviamente, la sede per un approfondimento sulle tecniche di ermeneutica giuridica e sulle annose controversie relative ai criteri applicabili. Non si può negare la valenza e la priorità dell’interpretazione logico - sistematica rispetto a quella letterale – formalistica, senza tuttavia dimenticare che ciò che il giurista deve ricercare è la *voluntas legis* e non certo la presunta intenzione dell’autore della legge, non la «soggettiva scoperta di una volontà che l’interprete creda di dover trovare nel mondo che lo circonda» (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 43). Pone l’accento sulla «domanda di flessibilità normativa che si riflette in particolare sull’organizzazione dell’impresa collettiva», E. Bertacchini, *Ermeneutica giuridica e tendenze evolutive nel diritto dell’impresa (II parte)*, in *Contr. impr.*, n. 4-5/2006, p. 1078.

straordinaria nella s.p.a. (o con le maggioranze rafforzate nella s.r.l.) e senza necessità dell'intervento del notaio verbalizzante.

La semplificazione è apparsa di tale rilevanza da indurre il Consiglio Nazionale del Notariato ad elaborare uno studio ³ che, in aperto contrasto con la circolare n. 3578/C del 24 maggio 2004 del Ministero delle attività produttive, ha dimostrato in modo convincente l'applicabilità dell'innovazione anche ai patti sociali delle società di persone, con l'utile conseguenza che la variazione dell'indirizzo in queste forme elementari di gestione collettiva dell'impresa non richiede più il consenso unanime dei soci, non trattandosi più di modifica del contratto sociale.

La forza argomentativa e l'indubbia lungimiranza pratica di siffatta ricostruzione sono state recepite anche dalle prime pronunce giurisprudenziali in materia, anche se basate, queste ultime, su motivazioni in parte diverse ⁴.

Altro esempio manifesto dei riflessi che la riforma delle società di capitali ha prodotto sulle società di persone è dato dalla possibile estensione dell'istituto della trasformazione eterogenea alle società di persone.

Da più parti infatti ⁵ si è invocata la possibilità di una trasformazione eterogenea da e in società personali, nonostante il tenore letterale degli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* faccia riferimento esclusivamente alle s.p.a., s.r.l. e s.a.p.a., e nonostante le parole della relazione governativa al D. Lgs. n. 6/2003 ⁶ depongano chiaramente nel senso opposto.

³ Trattasi dello studio n. 5226 approvato il 2 luglio 2004 dalla Commissione studi d'impresa, reperibile sul sito www.notarlex.it, e le cui argomentazioni sono riassunte in C. Bolognesi, *La sede sociale dopo la riforma*, in *Impresa*, n. 1/2006, p. 88 s.

⁴ Si allude ai decreti di Trib. Padova del 13 agosto 2004, in *Società*, n. 8/2005, p. 1023 ss. con nota di G. Zagra, *Iscrizione nel registro delle imprese: le novità della riforma sulla sede sociale*, e in *Impresa*, n. 1/2006, p. 86 ss., con nota di C. Bolognesi, *ult. cit.* Il Tribunale in effetti ha ritenuto di poter applicare analogicamente alle società di persone e ai consorzi la novità *de qua*, ravvisandone la medesima *ratio* di semplificazione dei costi e delle procedure, mentre appare più coerente parlare di interpretazione estensiva, anche allo scopo di allontanare eventuali obiezioni di incostituzionalità per eccesso di delega dell'intervento normativo in questione.

⁵ Esplicativa, al riguardo, la massima n. 20 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, pubblicata sul sito www.scuoladinotariatodellalombardia.org, secondo la quale il Legislatore si sarebbe limitato a disciplinare le fattispecie di trasformazione più significative, lasciando all'interprete il compito di regolamentare altre ipotesi. A favore dell'applicabilità degli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* alle società di persone, si sono espressi anche F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, p. 491; L. De Angelis, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 384; P. Menti, *Sub artt. 2498 - 2506-quater*, in *Comm. breve al cod. civ.*, a cura di G. Cian, Padova, 2007, p. 2966;

⁶ Secondo cui la trasformazione eterogenea sarebbe applicabile «soltanto laddove si trasformi o risulti dalla trasformazione una società di capitali».

L'utilità pratica che deriva da una simile ricostruzione, rinvenibile all'evidenza in un risparmio dei tempi e dei costi, grazie all'unificazione del percorso di trasformazione tramite un unico passaggio che si sostituisce ad una molteplicità di atti negoziali ⁷, non può che condurre tuttavia a un ripensamento in ordine al tradizionale principio della continuità soggettiva della trasformazione (priva del fenomeno di estinzione – costituzione di un nuovo ente), a vantaggio dell'enunciazione del nuovo principio della continuità oggettiva, cioè del passaggio di un patrimonio, immutato, da un'organizzazione collettiva che si estingue ad una che si costituisce ⁸.

Ovviamente non vi è nulla di censurabile in tutto ciò perché, se è vero che l'interprete è tenuto all'osservanza dei principi giuridici tratti dal diritto positivo, di certo non lo è il Legislatore, il quale è libero di sovvertire le certezze della dottrina e di dettare nuove regole dalle quali poi verranno desunti i nuovi principi ⁹.

Ma il problema, comune alle questioni concrete succintamente esposte e al tema che costituirà oggetto del presente lavoro, non è quello di ricostruire un nuovo "ordine dogmatico", ma quello di verificare se sia lecito trarre dalle riforme normative un capovolgimento del rapporto

⁷ Ci si riferisce ai distinti atti di scioglimento dell'organizzazione preesistente e di costituzione del nuovo aggregato: le molteplici forme organizzative dei protagonisti della trasformazione ci impediscono peraltro di utilizzare termini tecnici quali "ente" o "soggetto di diritto" (si pensi, all'uopo, alla paventata possibilità che una comunione d'azienda si trasformi direttamente in una società di persone, senza preventivo scioglimento della comunione con liquidazione delle quote ai comunisti).

⁸ C. Bolognesi, *Trasformazione eterogenea: continuità soggettiva o oggettiva?*, in *Impresa*, 2006, p. 264 ss. Si veda, di recente, G. Plasmati, *La trasformazione "da" ed "in" impresa individuale o mera titolarità d'azienda*, in *Riv. not.*, 2008, p. 97 ss.: l'Autore, passando in rassegna una molteplicità di fattispecie di trasformazioni eterogenee non contemplate dalla legge, ne afferma l'ammissibilità sulla base, tra gli altri, dell'argomento della sufficienza della continuità oggettiva intesa quale permanenza dell'identità del bene – azienda, reputando ormai irrilevante il requisito della continuità soggettiva; *adde*, S. D'Agostino, *La trasformazione eterogenea*, in *Riv. not.*, 2008, p. 364 ss.; *contra*, G. Margiotta, *La trasformazione delle società in impresa individuale*, in *Soc.*, 2005, p. 981 ss., nonché G. Tantini, *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la «magia» delle parole*, in *Contr. impr.*, 2008, 811 ss., secondo il quale la trasformazione è una fattispecie unitaria caratterizzata da continuità, tale per cui «senza continuità non c'è più trasformazione»: l'Autore ritiene che il termine «ente» di cui all'art. 2498 vada inteso in senso ampio, atecnico, con riferimento a tutte le fattispecie (societarie e non) di trasformazioni di una collettività e non solo degli organismi dotati di personalità giuridica, cosicché la continuità soggettiva sussisterebbe sempre, anche nei casi di trasformazioni da soggetti giuridici ad organizzazioni non personificate e viceversa.

⁹ Esplicativo, in tal senso, il titolo della Relazione d'apertura di F. Galgano («*Dimenticare il vecchio per imparare il nuovo*») al Convegno di Verona «*Un lustro dalla riforma societaria*», tenutosi il 18 aprile 2008.

tra regole ed eccezioni, così da affermare che queste ultime non possano più esser definite tali¹⁰.

A noi pare che una simile rivisitazione di alcuni assetti portanti dell'elaborazione giuscommercialistica classica debba basarsi certamente sull'analisi meditata della *ratio* dei nuovi istituti, ma nondimeno sulla comprensione veritiera della portata applicativa degli stessi, che non può esser in alcun modo inficiata da concezioni utilitaristiche prive di un solido substrato giuridico o contrastanti con i risultati condivisi dalla dottrina fino ad oggi dominante.

In sintonia con gli esempi sopra riportati, si colloca l'attuale tendenza di un numero sempre maggiore di commentatori¹¹ ad ammettere, in modo quasi pacifico¹², la possibilità che una società di capitali amministri un'altra società di persone o di capitali.

¹⁰ Per questo motivo, il paventato «pericolo di ragionare con riferimento a schemi e principi del diritto societario propri del sistema precedente con una sorta di “riflesso di Pavlov” che può far velo nella lettura delle novità (e dei nuovi istituti) introdotti con la riforma» (G. Tantini, *op. ult. cit.*, p. 811) non deve tuttavia condurre ad ignorare quegli stessi principi, ma piuttosto a verificarne l'attualità e la compatibilità con il diritto positivo vigente.

¹¹ Dopo la riforma, si schierano a favore della tesi positiva: R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1199 ss.; Porrini, *La società “amministratore”*, in *Impresa*, 2006, p. 1500 ss.; A. Busani, *Via libera dei notai alla nomina di s.p.a. – amministratore*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 12/2007, p. 7; A. Gambino, *Impresa e società di persone*, Torino, 2007, p. 151; U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo “modello di organizzazione dell'attività di impresa”*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 199; D. Regoli, *L'organizzazione delle società di persone*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008. In ambito notarile cfr. la massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, pubblicata sul sito www.scuoladinotariatodelalombardia.org; la massima della Commissione società dei notai del Triveneto rubricata «Amministrazione non affidata ad una persona fisica», in www.trivenetogiur.it; il parere dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, in risposta al quesito n. 5920/I «Società di capitali amministratore di altra società di capitali», in www.notariato.it; l'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, in www.consiglionotarilefirenze.it: «La nomina di una società alla carica di amministratore di una società di capitali deve ritenersi generalmente ammissibile anche in mancanza di una specifica previsione statutaria». Sulla stessa linea di pensiero, lasciando tuttavia aperta la soluzione alternativa, A. Riccio, *La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 314 ss.; A. Riccio, *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 17 ss. In giurisprudenza, segnaliamo Trib. Catania, 7.8.2007 (decr. Giudice del registro delle imprese), con nota di P.M. Sanfilippo, *Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali?*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 654 ss.: tale decreto, ha riconosciuto la possibilità che una società di capitali sia amministratore o liquidatore di altra società (sia di persone che di capitali).

¹² Secondo A. Mengali, *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 1/2007, p. 35, «abbastanza pacifico è poi il successivo passaggio, ossia ritenere oggi ammissibile l'amministratore – persona giuridica per tutte le società di persone». V. anche A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 14, ove si afferma che «è sicuro ... che, nell'ambito delle società di persone, gli amministratori ormai possono tranquillamente essere persone giuridiche». Secondo F. Chiappa,

Il rischio che si profila, ogni qual volta si illustri una nuova tendenza interpretativa, è di confondere le benefiche conseguenze pratiche di una auspicabile opportunità con le fonti da cui quest'ultima discenderebbe, cadendo nell'errore di legittimare una meritevole e fondata ricostruzione esegetica con argomenti praticamente rilevanti, ma giuridicamente evanescenti¹³.

Ci si riferisce in particolare alla descrizione dei vantaggi che possono derivare dal riconoscimento, come regola generale, della capacità delle società di capitali di amministrare qualsiasi altra società, prescindendo dalla giusta considerazione dei limiti interni precipui di ogni soggetto societario amministrato.

Il primo vantaggio che deriverebbe dall'accoglimento della tesi possibilista consiste nell'auspicabile miglioramento nell'esercizio delle funzioni gestionali, tramite la specializzazione e la centralizzazione degli incarichi, che verrebbero assunti da professionisti organizzati in forma di società di capitali avente ad oggetto proprio la gestione di altre società¹⁴.

Soluzioni operative: società di persone partecipate da società di capitali, in *Dir. e prat. delle società*, n. 12/2008, p. 47, «del tutto superato appare anche il problema della possibilità che la società di capitali possa rivestire la carica di amministratore della società partecipata». Secondo Trib. Catania, 7.8.2007, cit., p. 656, essendo ormai certo che nell'ambito delle società personali, amministratori possano essere persone giuridiche, «non parrebbe coerente, stante l'identità dell'essenza della funzione amministrativa in tutti i tipi di società, ammettere la nomina di persona giuridica quale amministratore di una società di persone ed escluderla con riguardo alle società di capitali». In realtà vedremo, nel prosieguo del presente lavoro, come risulti imprescindibile condurre analisi differenziate a seconda dei modelli societari di riferimento.

¹³ In questo senso, come meglio vedremo nel prosieguo del presente lavoro, non ci pare corretta l'opinione di chi (v., ad es., G. Chiametti, *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte seconda)*, in *Impresa*, 2006, p. 1618), trasforma la presunta nuova possibilità legislativa per una società di capitali di amministrare un'altra società in una mera opzione statutaria, quasi che la capacità della società amministratrice derivi non da una fonte legale, ma negoziale. Per una critica in tal senso, v. anche C. Bolognesi, *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1131 s.

¹⁴ E ciò a maggior ragione qualora la stessa società di capitali amministri una pluralità di società appartenenti a un gruppo: M. Porrini, *op. cit.*, p. 1501. Sottolinea i vantaggi della specializzazione e dell'efficienza dell'azione amministrativa anche D. Posca, *Responsabilità in ambito fallimentare della società – amministratore*, in www.unioneitalianacommercialisti.it, secondo il quale l'attività di amministrazione verrebbe organizzata «in modo industriale, attraverso l'impiego di soggetti appartenenti alla società – amministratore, i quali, applicherebbero criteri standard e procedure comuni». Nella stessa direzione, cfr. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore nelle società*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 110, secondo il quale «una società capo-gruppo potrebbe decidere di affidare l'attuazione della direzione e coordinamento ad una o più società di *management services*, cioè a società, invalse nella prassi anglo-americana, specializzate nella produzione di servizi di gestione e amministrazione». V., tuttavia, P.M. Sanfilippo, *op. cit.*, p. 663, secondo il quale, affinché possano prestarsi i servizi di *management* non sarebbe necessaria la preposizione di una persona giuridica a carica sociale, potendosi invero ricorrere ad una forma di mandato avente ad oggetto il *day-to-day management*. In giurisprudenza, v. Trib. Roma,

Da tempo infatti (la relativa disciplina è ancora contenuta nella legge 23 novembre 1939, n. 1966) operano le cc.dd. società fiduciarie di amministrazione, che hanno ad oggetto, tra l'altro, «l'amministrazione dei beni per conto di terzi», seppur sotto la condizione della preventiva autorizzazione ministeriale in presenza dei requisiti legali di cui al D.P.R. 18 aprile 1994, n. 361¹⁵.

Del resto, la tendenza del Legislatore moderno a fornire un riconoscimento giuridico a un utile strumento organizzativo, quale può essere l'aggregazione tra professionisti, non può esser messa in dubbio, avendo trovato consacrazione dapprima nel D. Lgs. n. 96/2001 recante la disciplina della società tra avvocati e successivamente nel D. L. n. 223/2006 convertito in Legge n. 248/2006, che consente la costituzione di società tra professionisti in forma di società personali.

Sotto questo profilo, non riteniamo fondata la critica di chi nega la prospettiva di una migliore qualità della prestazione da parte della società di capitali amministratrice di altra società¹⁶, giacchè, anzi, almeno nelle fattispecie ora menzionate, il Legislatore ha ritenuto che il legame di fiducia tra cliente e professionista non sia affatto attenuato dall'appartenenza di quest'ultimo a una società.

Certo, l'ipotesi di una società di capitali amministratrice di una società personale è diversa da quella delle società tra professionisti, non foss'altro che per il fatto che quest'ultima può avere esclusivamente la forma di società di persone, ritenuta idonea a tutelare i terzi grazie alla responsabilità personale e illimitata dei soci, che incentiverebbe il socio – professionista alla

31.5.1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2484; Trib. Piacenza, 24.1.1991, in *Arch. loc.*, 1992, p. 158; App. Milano, 11.12.2002, in *Arch. loc.*, 2003, p. 666; Trib. Milano, 18.11.2004, in *Arch. loc.*, 2005, p. 194.

¹⁵ Sul profilo specifico dell'attività amministrativa svolta dalle società fiduciarie, v. N. Nisio, *L'attività di "amministrazione" delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 42 ss. Un ampliamento della gamma di funzioni che le società fiduciarie e le persone giuridiche in genere possono essere chiamate a svolgere, è venuto dalla riforma societaria del 2003: l'art. 2417 consente infatti che esse siano nominate alla carica di rappresentante comune degli obbligazionisti. La regolamentazione legislativa di singole fattispecie non può peraltro essere interpretata nel senso di escludere a priori l'ammissibilità dell'attribuzione di altre funzioni alle persone giuridiche: non varrebbe qui addurre l'argomento *ubi lex voluit dixit* (in questo senso esattamente P.M. Sanfilippo, *op. cit.*, p. 660, in critica all'opposta tesi secondo cui il silenzio del legislatore sarebbe da tradursi in un divieto).

¹⁶ V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Società*, 2006, p. 1329, sul presupposto che, in ogni caso, «la società dovrà designare una persona fisica per il materiale esercizio della prestazione» e quindi «la fiducia che si ripone in una organizzazione societaria è in ogni caso determinata dalla qualità delle persone fisiche che la compongono». In effetti, nessuno nega che tanto maggiore è il profilo professionale dei membri di una società di amministrazione (*rectius*, di gestione di altra società), quanto più elevate saranno le probabilità di affidamento dell'incarico, ma ciò non toglie che lo stesso modello di organizzazione collettiva si presti meglio ad una ripartizione dei compiti ispirata alle diverse qualifiche soggettive dei suoi componenti.

massima diligenza nella prestazione. Peraltro, l'art. 23, 1° comma, d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, stabilisce espressamente che l'amministrazione della società tra avvocati «spetta ai soci e non può essere affidata a terzi».

Tuttavia, non sarebbe corretto sostenere che la responsabilità limitata della società di capitali amministratrice della società di persone incida, per ciò solo, negativamente sulla qualità della gestione.

Si noti infatti che anche nell'ipotesi di società tra professionisti organizzata in forma di s.a.s. vi sono soci (gli accomandanti) che godono di responsabilità limitata, senza che ciò possa inquinare la rilevanza pratica e la qualità delle prestazioni della s.a.s..

Quel che si intende dire è che il vantaggio di una migliore organizzazione della prestazione (o della gestione societaria) derivante dall'assunzione dell'incarico da parte di una società di capitali non può esser messo in discussione (a livello pratico, ma forse, seppur in modo non pacifico, nemmeno giuridicamente) dal beneficio della responsabilità limitata di cui godono i soci di quest'ultima ¹⁷.

Queste osservazioni ci conducono all'analisi di un altro possibile beneficio derivante dall'attribuzione dei poteri amministrativi ad una società di capitali, ossia la limitazione della responsabilità per le obbligazioni derivanti dalle operazioni di gestione al patrimonio della società amministratrice, beneficio particolarmente evidente qualora la società amministrata sia una società di persone caratterizzata dalla responsabilità illimitata dei suoi soci – amministratori.

Per la verità, il riconoscimento di un tale vantaggio postula, ancor prima dell'implicita ammissione della legittimità di una simile ricostruzione, una precisa scelta di campo: che la responsabilità della società amministratrice possa dirsi giuridicamente limitata al patrimonio della stessa, senza che i suoi amministratori – persone fisiche possano esserne chiamati a rispondere personalmente e solidalmente.

¹⁷ Recentemente la Cassazione ha riconosciuto la maggiore idoneità di una società di capitali a soddisfare le richieste di specializzazione delle competenze e di una certa polivalenza nello svolgimento dei ruoli, consentendo alla stessa società di amministrare un condominio: «D'altra parte, per quanto attiene all'esatto adempimento di tutte le obbligazioni, le persone giuridiche presentano coefficienti di affidabilità non minori e diversi da quelli della persona fisica. La qualità dell'oggetto sociale (...); la congruenza di esso rispetto alla situazione dell'ambiente e del tempo in cui l'oggetto deve essere perseguito; la razionale coordinazione degli elementi personali e patrimoniali della persona giuridica; il credito sociale derivante alla funzionalità del complesso; il modo statutario della elezione degli organi sociali; la pubblica stima che solitamente accompagna, di volta in volta, gli organi personali di amministrazione e di controllo: tutti questi elementi si traducono in sintesi nella valutazione di affidabilità della persona giuridica» (Cass., sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840, in *Dir. e giust.*, n. 41/2006, p. 18 ss. con nota di G. Bordolli).

È chiaro infatti che una cosa è sostenere che delle obbligazioni verso i terzi risponda direttamente solo la società amministratrice con il suo patrimonio, salva poi l'azione di rivalsa nei confronti della persona fisica concretamente investita dell'amministrazione¹⁸, un'altra è affermare, *sic et simpliciter*, che sussiste una responsabilità immediata e solidale dell'ente amministratore e del suo legale rappresentante¹⁹.

Il rischio che i soci di una società di capitali esercitino un'attività d'impresa sotto forma di società personale, creando *ad hoc* uno strumento di limitazione della responsabilità per i potenziali danni alla società amministrata e ai suoi creditori, si profila invero solo accogliendo la prima interpretazione menzionata. Essa infatti si presta a possibili abusi dello schermo societario, specie quando la società amministratrice sia sottocapitalizzata (rispetto allo scopo) e vi sia collusione tra le persone fisiche preposte alla gestione della società (di persone) amministrata e i soci della società amministratrice: non può sfuggire che, in mancanza dell'esercizio dell'azione di responsabilità (e di quella di minoranza) verso gli amministratori – persone fisiche, questi ultimi resterebbero al riparo da qualsivoglia conseguenza pregiudizievole, salva l'eventuale azione nei loro confronti da parte dei creditori sociali²⁰.

In ogni caso vedremo, nello svolgimento del presente lavoro, come il rischio della lesione della garanzia patrimoniale per i creditori di una società di persone amministrata da una

¹⁸ È questa la tesi, maggiormente aderente al dato normativo, di V. Salafia, *op. cit.*, p. 1328; v. anche M. Frascati, *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 8/2007, p. 45; D. Posca, *op. cit.*, avverte che «laddove ci si trovi al cospetto di società amministrate da società di capitali, occorrerà prendere ogni cautela prima di intraprendere rapporti giuridici e patrimoniali, stante la sostanziale impossibilità di poter recuperare alcunché». Non c'è dubbio che il rapporto contrattuale che lega la società amministrata e quella amministratrice, fonte di responsabilità in capo alla seconda, deve esser tenuto ben distinto da quello che lega la società amministratrice alla persona fisica concretamente preposta all'amministrazione: A. Mengali, *ibidem*.

¹⁹ S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000, p. 1176, i quali considerano maggiormente tutelati i creditori della società amministrata, vista la più agevole aggredibilità del patrimonio dell'amministratore – persona giuridica in termini di trasparenza e oggettività. Cfr. A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 349. Tale ricostruzione sembra ispirarsi all'esperienza giuridica tedesca della *GmbH & Co. KG*, ove si riconosce una responsabilità solidale della società amministratrice e del suo legale rappresentante verso la s.a.s. amministrata: v. *ampius* Cap. II, par. 3, sez. III, nonché U. Tombari, *op. cit.*, p. 200 ss.

²⁰ L'inconveniente è bene evidenziato da V. Salafia, *op. cit.*, p. 1330: «sotto la copertura di un capitale limitato, quale quello, meglio di una società a r.l. ma anche per azioni, l'amministratore di questa, nella gestione di altra società a lui affidata, potrebbe compiere le operazioni più ardite e irregolari senza subirne le conseguenze, se non nei limiti del capitale investito nella società di appartenenza». La prospettazione di una situazione patologica di abuso dello strumento societario pare comunque inidonea di per sé a fondare una teoria contraria alla fattispecie società di capitali amministratrici di società di persone, in quanto le distorsioni del “velo” della personalità giuridica possono essere molteplici nell'universo giuridico, pur muovendosi le stesse spesso nell'ambito della formale legittimità.

società di capitali non possa dirsi omogeneo, atteggiandosi diversamente a seconda del tipo di società personale e sovente a seconda delle scelte statutarie della società amministrata.

Autorevole dottrina²¹ ha inoltre evidenziato le notevoli opportunità che deriverebbero dalla partecipazione, in veste di amministratore, di una società di capitali ad una di persone (e segnatamente alla s.a.s.), in termini di “rivitalizzazione” e modernizzazione del modello imprenditoriale della società personale. In particolare, sarebbe possibile creare gruppi di società in cui una società di capitali, partecipando come socia accomandataria ad una o più s.a.s., eserciti attività di direzione e coordinamento, per la realizzazione di molteplici fini²².

Senza voler mettere in dubbio l'utilità di questo nuovo modello di organizzazione dell'attività imprenditoriale, è evidente che il problema che si pone è, ancora una volta, quello relativo alla disciplina ad esso applicabile, profilandosi il rischio di una sovrapposizione di regole del tipo della società di capitali amministratrice, di quelle del tipo della società di persone partecipata e di quelle in materia di direzione e coordinamento di società (Libro V, Tit. V, Capo IX del codice civile). In linea generale, come già sottolineato dalla stessa dottrina possibilista²³, dovrebbero trovare applicazione, nei rispettivi ambiti di competenza, tutti e tre i gruppi di regole, previa una valutazione di compatibilità con la fattispecie concreta²⁴. Ciononostante,

²¹ U. Tombari, *op. cit.*, p. 202 ss.; A. Mirone, *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 418 s. Alla “riscoperta” dell'utilizzo delle società personali era finalizzato anche il disegno di legge di riforma delle medesime, il cui testo, unitamente alla Relazione d'accompagnamento, trovasi in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 351 ss.

²² Il tema è antico, sol che si consideri che già F. Denozza, *Le prospettive della società in accomandita semplice*, premessa a G. Fierli, *Della società chiamata accomandita*, Macerata, 1803, rist. a cura di G. Grippo, Bologna, 1991, p. 4, affermava che le moderne utilizzazioni dell'accomandita fossero «tutte legate alla partecipazione di una società di capitali e, in particolare, all'assunzione da parte di quest'ultima della qualità di accomandatario». A. Mirone, *op. ult. cit.*, p. 418, prospetta l'utilizzo della nuova forma organizzativa per dar luogo a *joint ventures* o ad altre iniziative imprenditoriali tra società che conservano la loro autonomia. U. Tombari, *op. cit.*, p. 204, prende spunto dall'esperienza tedesca della *GmbH & Co. KG* (società in accomandita semplice in cui l'amministrazione è esercitata da una società a responsabilità limitata), per sottolinearne le potenzialità applicative nel contesto imprenditoriale italiano: «si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare questa figura per risolvere problemi dinastici e generazionali: dopo la morte di un accomandatario gli eredi possono non essere pronti per assumere questo ruolo, potendosi allora prospettare opportuno affidare l'amministrazione ad una *GmbH & Co.* appositamente costituita, con l'accordo che l'erede potrà acquistare le quote dell'accomandatario – persona giuridica dopo un certo numero di anni (ad esempio mediante l'esercizio di una clausola di riscatto o di una opzione c.d. *call*)».

²³ Si veda la nota 18.

²⁴ Ad esempio, la responsabilità da attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497* si applicherebbe alla società di capitali partecipante che amministra la società di persone partecipata, mentre gli obblighi di informazione e *disclosure ex artt. 2497-bis e 2497-ter* si applicherebbero alla società di persone partecipata. Resterebbe invece da chiarire l'operatività della presunzione di assoggettamento ad attività di direzione e coordinamento (*ex art. 2497-sexies*), considerata la difficoltà di adattare la

non si nascondono le difficoltà che potrebbero incontrarsi nell'adattare l'ordinamento delle società di persone ad un tale assetto di rapporti: si pensi, ad esempio, alla scarsa duttilità delle norme sul recesso nei gruppi (l'ultimo comma dell'art. 2497-*quater* prevede un rinvio "in bianco" alle norme sul recesso nelle s.p.a. ed s.r.l., evidentemente inapplicabili se la società soggetta ad attività di direzione e coordinamento è una società di persone ²⁵) o, ancora, al caso in cui tutti gli accomandanti della s.a.s. siano al tempo stesso tutti soci (o soci di maggioranza) della società di capitali accomandataria ²⁶.

Un ulteriore vantaggio derivante dall'accoglimento della nuova prospettiva risiederebbe nell'eliminazione di un *gap* con altri Paesi europei ²⁷ che già ammettono la nomina di una

nozione di controllo di cui all'art. 2359 alle società di persone. Sulla riferibilità dei concetti di «controllo» e di «influenza dominante» alle società di persone, v. anche L. Autuori, *Commento all'art. 2361*, in *Commento alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008, p. 756 ss., ove si conclude per la necessità di una valutazione concreta, caso per caso, in merito alla sussistenza di un rapporto di controllo interno e di influenza dominante in una società personale. F. Platania, *Le partecipazioni in società di persone nella nota integrativa*, in *Società*, 2006, p. 1378 ss., esclude l'applicabilità dei concetti di controllo di diritto e di fatto (art. 2359, 1° comma, nn. 1 e 2) alle società personali vista l'assenza dell'organo assembleare, mentre ravvisa la possibilità di un controllo contrattuale (art. 2359, 1° comma, n. 3) e di un collegamento (IAS 28, quando una società partecipi alle decisioni strategiche di un'altra società, ad esempio nominandone gli amministratori). Secondo F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, tomo primo, Padova, 2006, p. 303, «non si può dubitare che nella condizione di controllata possa collocarsi anche una società di persone, ove essa conformi la propria organizzazione interna *ad instar* di una società di capitali, introducendo per contratto sociale il principio della maggioranza di capitale per la nomina e la revoca degli amministratori, l'approvazione del bilancio, le modificazioni del contratto di società». Per una ricostruzione tesa a verificare la sussistenza dell'influenza dominante, quando la controllata sia una società di persone e la controllante una di capitali, in relazione al sistema di *governance* adottato dalla prima, v. S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, in *Società*, 2006, p. 940 ss. È questo uno dei profili che si intrecciano al problema dell'ammissibilità di un amministratore – società di capitali: è significativo, infatti, che l'Autore da ultimo citato, dimostrando che una società di capitali è astrattamente in grado di esercitare un controllo su una di persone, ammette che la prima sia rappresentata vuoi «in via diretta, per il tramite del proprio rappresentante "interno", vuoi in via "mediata", attraverso la nomina di un soggetto *lato sensu* estraneo alla compagine sociale» (p. 944). Vedremo tuttavia come la possibilità che una società di capitali ne amministri una di persone tramite un terzo mandatario può essere revocata in dubbio se si ritenga ancora valido il principio per cui amministratori di società personali possono essere soltanto i soci.

²⁵ A meno che non si voglia considerare applicabile l'art. 2285 sul recesso nelle società di persone, salvo poi dover effettuare "acrobazie" giuridiche per estendere a tale ipotesi il termine di esercizio del recesso previsto dall'art. 2437-*bis* in materia di s.p.a.: F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, Collana diretta da S. Rossi, Milano, 2005, p. 171.

²⁶ In quest'ultima ipotesi, è lo stesso U. Tombari, *op. cit.*, p. 193, che avverte del rischio che i soci accomandanti si ingeriscano indirettamente nella gestione della s.a.s., influenzando la società di capitali accomandataria.

²⁷ Tra cui: Francia, Spagna, Portogallo, Grecia, Lussemburgo, Regno Unito.

persona giuridica quale amministratore di società, riducendo le ragioni di concorrenza tra gli ordinamenti giuridici ²⁸.

Singolare, tuttavia, che tale beneficio sia messo in luce da coloro che già utilizzano l'art. 47 del Reg. UE n. 2157/2001 sulla Società Europea (che prevede che una società o un'altra entità giuridica sia membro di un organo) come argomento a favore dell'ammissibilità della società di capitali amministratrice di altra società.

Ebbene, se si ritiene che tale possibilità sia già consentita in Italia grazie all'efficacia diretta del regolamento comunitario (ogni qual volta sia costituita una SE con sede in Italia), un minor beneficio si trarrebbe dallo sforzo interpretativo di cui sopra.

A noi sembra cioè che un maggior vantaggio si otterrebbe dall'accoglimento della nuova prospettiva qualora essa venisse utilizzata per superare un limite tuttora esistente nell'ordinamento italiano.

È noto infatti che lo stesso art. 47 del citato regolamento fa salva una contraria disposizione della legislazione dello Stato in cui è situata la sede sociale della SE: proprio tale "salvezza" potrebbe costituire un impedimento all'attuazione, in Italia, della fattispecie società di capitali amministratrice di società di persone.

Nell'ordinamento italiano tuttavia non si rinviene un'esplicita norma contraria all'ipotesi in oggetto (perché tradurre il silenzio legislativo in un divieto non è certamente un'operazione corretta), per cui, anche senza approfondire il tema *de qua*, già si dovrebbe ammettere che una SE con sede in Italia sia amministrata da un'altra società.

Sembra piuttosto che la fonte comunitaria in questione debba esser considerata neutra ai fini della risoluzione della problematica che ci occupa e che pertanto il *gap* con gli altri Paesi europei possa essere colmato soltanto nel caso particolare della fusione tra s.p.a. italiane e s.p.a. soggette alla legge di altri Stati membri mediante costituzione di una SE; altrove andrà cercata, invece, la (eventuale) fonte di legittimazione della fattispecie, generale, della società di capitali amministratrice di altra società.

²⁸ A. Busani, *Via libera dei notai alla nomina di s.p.a. – amministratore*, cit., p. 6.

Paragrafo 2 – Delimitazione del problema e approccio metodologico.

Alla luce di quanto detto *supra*, appare evidente come risulti inappagante un metodo di indagine basato (esclusivamente) su valutazioni di ordine pratico, inerenti le reali utilità applicative della fattispecie società di capitali amministratrice di società personale.

Al riguardo, basti considerare la debolezza argomentativa delle critiche già riportate alla specializzazione degli incarichi amministrativi, basate, per lo più, sulla ripetizione di un principio ormai tralatizio, quello dell'*intuitus personae* nei legami tra i soci di società personali, che dovrebbe “scoraggiare” non solo l’affidamento dei poteri gestori ad una persona giuridica²⁹, ma, in radice, la stessa partecipazione di una persona giuridica ad una società di persone³⁰.

La situazione attuale fa ritenere anacronistiche osservazioni di tal specie.

I progressi del Legislatore, che con il “nuovo” art. 2361 ammette esplicitamente le partecipazioni di società di capitali in società di persone, la giurisprudenza non certo isolata³¹, che già in passato riconosceva la liceità della partecipazione di società di persone in altre società personali, la dottrina più evoluta³², che sottolinea come «la partecipazione di una società di persone in un’altra, non è che un “investimento”, cioè un atto espressione della più

²⁹ Si veda la nota 16.

³⁰ Si veda, per tutti, M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, p. 92 ss., il quale paventava il rischio che i soci della società di persone vedessero mutare la composizione della società partecipante, alla quale «essi avevano accordato originariamente fiducia, con inevitabile compromissione dei rapporti fiduciari originariamente esistenti».

³¹ App. Milano, 24 novembre 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 48; Trib. Genova, 18 marzo 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 558; App. Firenze, 10 gennaio 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 676; App. Bologna, 14 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 756; Trib. Napoli, 8 gennaio, 1993, in *Soc.*, 1993, 818.

³² F. Laurini, *Partecipazione di società di persone in società personali*, in *Soc.*, 1993, p. 820; S. Fortunato, *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell’amministratore*, in *Riv. not.*, 1990, p. 77 ss.; R. Guglielmo, *La partecipazione di società di persone in società personali*, in *Quaderni del notariato. Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle società di persone*, Milano, 2006, p. 53 ss. Giova sottolineare che già agli arbori del diritto commerciale, C. Vivante, nella sua prima edizione del *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1893, p. 330 ss., pur schierandosi contro la partecipazione di società di capitali in società di persone, attribuiva scarsa importanza all'*intuitus personae* e alla possibilità che mutassero gli amministratori della partecipante. Altro celebre studioso, T. Ascarelli, *Confusione del patrimonio della società e del socio, società con una anonima e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 927 ss., sosteneva che le società di capitali potessero comunque ingenerare nei terzi un senso di affidabilità e correttezza alla stregua delle persone fisiche. *Contra*, nel senso della riferibilità dell'*intuitus personae* alle sole persone fisiche, v. G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 8, e G. Zanarone, *Società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, VIII, Padova, 1985, p. 134, nt. 17.

generale attività di amministrazione e di gestione della società»³³, inducono a ritenere che l'*intuitus personae* sia elemento naturale, ma non essenziale delle società personali³⁴ e, come tale, “derogabile” in via convenzionale.

Così, se è vero che il mutamento dei soci della società partecipante, potenzialmente lesivo dell'*intuitus personae*, trova una legittimazione nel consenso originariamente espresso dai soci della partecipata all'ingresso, come socia, di un'altra società³⁵, ciò dovrebbe valere altresì per il cambiamento, entro certi limiti (in ordine ai quali si rinvia al cap. IV), della persona fisica concretamente preposta dalla società partecipante alla gestione della partecipata. Per questi motivi, appare fuorviante sostenere che la libertà di scelta, da parte della società amministratrice, della persona fisica concretamente investita dei poteri gestori, possa neutralizzare i benefici derivanti dalla nuova fattispecie *de qua loquimur*³⁶.

Analoghe considerazioni possono farsi in merito al “rischio – beneficio” della responsabilità limitata della società di capitali amministratrice di una società di persone.

L'osservazione empirica³⁷ concernente la sottocapitalizzazione della società di capitali amministratrice di società di persone, per quanto sovente possa corrispondere al vero, potrebbe esser agevolmente contrastata da opposte valutazioni di ordine pratico che, in quanto tali, risulterebbero assai poco pregnanti sotto il profilo giuridico.

Ci si riferisce, in particolare, alla constatazione relativa alle caratteristiche di trasparenza ed oggettività del patrimonio della società di capitali amministratrice, che renderebbero l'aggressione di quest'ultimo, da parte dei creditori della società amministrata, più agevole di quella del patrimonio della persona fisica amministratrice³⁸. Constatazione, questa, opinabile

³³ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 55.

³⁴ P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 239 ss.; G. Fornasiero, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1984; F. Ferretti, *Partecipazione di società in società di persone*, in *Temi romani*, 1984, p. 94.

³⁵ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 55.

³⁶ Da ultimo, si ricordi che la Cassazione, con sentenza 24 ottobre 2006, n. 22840, cit., negando il carattere fiduciario del mandato ad amministrare, ha espressamente riconosciuto la possibilità che una società di capitali amministri un condominio. Peraltro, esistono fattispecie legali nelle quali una persona giuridica, scelta pur sempre sulla base di un concetto di *intuitus*, può essere chiamata a svolgere il *munus* di amministratore e quindi a delegare a sua volta le funzioni in concreto ad uno o più dei propri membri: si pensi alla tutela del minore *ex art. 354 c.c.* o alla curatela fallimentare *ex art. 28, 1° comma, lett. b), l. fall.* (si veda, al riguardo, l'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit.).

³⁷ V. meglio il paragrafo precedente ed, in particolare, le note 18 e 20.

³⁸ S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1176; secondo G. Auletta, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, p. 120, il patrimonio di una persona giuridica «presenta maggiore stabilità del patrimonio di un privato».

sotto il profilo del merito, considerato che le molteplici forme di finanziamento delle società di capitali spesso non concorrono all'incremento del capitale sociale, essendo anzi sottratte alla garanzia patrimoniale dei creditori della società: situazione che, come noto, appare tanto più grave quanto più la società sia sottocapitalizzata rispetto agli obiettivi, pur non dovendosi trascurare il tentativo legislativo di contrastare il fenomeno nelle s.r.l. mediante il nuovo istituto della postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci (art. 2467) ³⁹.

E ci si riferisce, altresì, all'obiezione secondo cui la società di capitali risponderebbe comunque con tutto il suo patrimonio, alla stregua di una persona fisica, essendo irrilevante che questo patrimonio sia piccolo o grande, «poiché la inesistenza di garanzia derivante da un piccolo patrimonio potrebbe egualmente derivare dalla nomina ad amministratore di una persona fisica sfornita di ogni bene di fortuna» ⁴⁰. In realtà, non pare che l'applicazione del principio secondo cui «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri» (art. 2740) possa produrre le stesse conseguenze concrete sia che si tratti di persona fisica sia giuridica, soprattutto alla luce della riforma societaria che ha definitivamente chiarito che la cancellazione della società dal registro delle imprese determina l'estinzione della stessa a prescindere dalla sopravvivenza o sopravvenienza di passività (o di

³⁹ Istituto la cui efficacia concreta è strettamente dipendente dall'interpretazione che si accolga del termine «finanziamenti» nel senso giuridico di «prestiti» - cioè quelle operazioni che costituiscono o modificano un diritto di credito verso la società - oppure nel senso aziendalistico di «ogni operazione idonea a garantire alla società, in quanto impresa, i mezzi necessari per la realizzazione della propria attività, indipendentemente dalla ricorrenza dei presupposti giuridici» (F. Tassinari, *Il finanziamento della società a responsabilità limitata mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, n. 1/2004, p. 189), compresi quindi i conferimenti e gli apporti fuori capitale, quali i versamenti in conto capitale, in conto futuro aumento di capitale, a fondo perduto. La seconda scelta, finalizzata a prevenire la sottocapitalizzazione anche nominale delle società, sembra ispirata ad una decisa presa di posizione in ordine alla politica legislativa intrapresa - lotta alla sottocapitalizzazione mediante induzione di un cambiamento nel comportamento dei soci finanziatori - che non trova un sicuro conforto normativo: si veda, al riguardo, E. Fazzuti, *Commento all'art. 2467*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 3, p. 48; C. Bolognesi, *I finanziamenti dei soci di s.r.l.: il campo d'applicazione dell'art. 2467 del codice civile*, in *Impresa*, 2007, p. 82 ss. Sotto un diverso profilo, U. Tombari, *op. cit.*, p. 201, riterrebbe utile l'applicazione del principio dell'art. 2467 anche ai finanziamenti effettuati a favore della s.a.s. da parte della società di capitali ad essa partecipante (anche in veste di accomandataria), come avviene nella tedesca *GmbH & Co. KG*.

⁴⁰ P. Guerra, *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 699; adde, A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 349. A quanto consta, il primo Autore a evidenziare tale argomentazione fu A. Vighi, *La personalità giuridica delle società commerciali*, Verona - Padova, 1900, p. 155, nota 3. Successivamente anche C. Vivante, nella quinta edizione del *Trattato di diritto commerciale*, Torino, II, 1923, conviene nell'asserire che la limitazione di responsabilità della società di capitali partecipante riguarda solo i soci e non la società stessa.

attività)⁴¹ al punto che si concorda in dottrina nel rilevare un arretramento della tutela dei creditori sociali, ai quali residua l'azione nei confronti dei liquidatori e dei soci, ma in concorso con i creditori personali di questi⁴². Sotto questo profilo, la garanzia patrimoniale per i creditori della società, rappresentata dai beni futuri di quest'ultima (*ex art. 2740*) potrebbe essere vanificata dall'iniziativa degli stessi soci di deliberare lo scioglimento anticipato della società con conseguente avvio della fase liquidatoria.

Merita solo un accenno, poi, il suggerimento di «stipulare polizze assicurative in campo di responsabilità civile a favore di terzi»⁴³, rimedio della cui utilità non si discute, ma che, stante la sua genericità e la sua applicabilità sia all'amministratore – persona fisica, sia all'amministratore – persona giuridica, non può certo rappresentare un argomento idoneo a confutare l'asserito maggior rischio patrimoniale per i creditori di una società di persone amministrata da una società di capitali: anzi, la necessità di individuare un rimedio di tal specie sembrerebbe confermare la tesi di chi segnala fortemente il rischio di abuso del beneficio della responsabilità limitata.

Da queste brevi osservazioni emerge dunque la sostanziale inutilità di un metodo d'indagine basato su un'analisi “costi – benefici” dell'eventuale affidamento dell'amministrazione societaria ad una società di capitali, giacchè un simile *modus procedendi*, lungi dal costituire un solido substrato giuridico a favore dell'una o dell'altra tesi, resta sempre vulnerabile sotto il profilo delle personali osservazioni di merito, discrezionali e, in quanto tali, mai soddisfacenti.

Pertanto, una volta circoscritto il campo d'indagine agli aspetti giuridici del problema, depurati da ogni condizionamento relativo alle utilità pratiche delle soluzioni operative, diventa fondamentale adottare un metodo di ricerca incentrato sulla compatibilità delle ipotesi ricostruttive con i principi generali del diritto societario, elaborati e consolidati nella manualistica tradizionale, in particolare quello concernente la riserva del potere di amministrazione, nelle società di persone, in capo ai soci e quello relativo al necessario affidamento del medesimo potere a persone fisiche.

⁴¹ L'inciso di cui al 2° comma dell'art. 2495 è risolutivo al riguardo: v. per una sintetica ricostruzione in tal senso, C. Pasquariello, *Commento sub art. 2495*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011, p. 1378 ss.

⁴² Salva, ovviamente, la possibilità della dichiarazione di fallimento della società entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo (art. 10, r. d. 16 marzo 1942, n. 267).

⁴³ G. Chiametti, *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte seconda)*, cit., p. 1617.

In assenza di una presa di posizione del Legislatore in materia, l'unica via percorribile è quella che, partendo da una ricognizione dei suddetti principi nei contesti *ante* e *post* riforma, ne esamini l'attuale fondatezza per giungere poi all'accertamento circa il loro superamento ad opera della teoria che ammette la fattispecie società di capitali amministratrice di società di persone. E, in quest'ottica, si prenderanno in considerazione di necessità argomenti comuni al tema delle società di capitali amministrate da altre società di capitali, in quanto collaterale a quello che costituisce l'oggetto del presente lavoro ⁴⁴.

In questo percorso, assume innanzitutto una notevole rilevanza l'esame comparatistico con alcuni ordinamenti stranieri, in particolare con quelli che ammettono la persona giuridica amministratrice di società, al fine di comprendere come tale fattispecie si armonizzi con il vigente diritto societario e al fine di accertare la possibilità di importarne il modello astratto nel nostro contesto normativo.

Quindi, lo studio sulla tematica in oggetto non può procedere mediante una trattazione unitaria dei problemi per tutte le società di persone (se non con riguardo ad alcuni profili comuni), ma deve necessariamente dipanarsi in analisi differenziate a seconda del tipo di società personale che si vorrebbe assoggettare all'amministrazione di una società di capitali.

Non può sfuggire, infatti, come i principi tralati del diritto societario (ed, in particolare, quello dell'amministratore socio della società di persone) si atteggiino diversamente nella società in accomandita semplice, ove occorre tener conto di un preciso dato normativo (l'art. 2318, 2° comma), e nella società semplice e nella società in nome collettivo, ove l'assenza di sicuri riferimenti normativi rende più ardua l'opzione interpretativa.

In effetti, un cospicuo numero di commentatori della riforma ⁴⁵, traendo spunto dalla lettura in combinato disposto degli articoli 2361, 2° comma, c.c. ⁴⁶ e 111-*duodecies*, disp. att. c.c. ⁴⁷,

⁴⁴ Questo vale, in particolare, per quanto concerne il superamento del principio secondo cui amministratori di società potrebbero essere soltanto persone fisiche: sovente la possibilità che una società di capitali amministri una società di persone viene considerata prodromica all'eventualità che una società di capitali amministri un'altra società di capitali. V., *ex pluribus*, A. Busani, *Via libera dei notai alla nomina di s.p.a. – amministratore*, cit.; Id., *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit.; v. anche la massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.; massima della Commissione società dei notai del Triveneto, cit.

⁴⁵ V. la nota 11.

⁴⁶ Il quale ammette ora esplicitamente l'assunzione, da parte delle società di capitali, di partecipazioni in altre imprese comportanti responsabilità illimitata per le obbligazioni di queste ultime e pertanto ammette la partecipazione di società di capitali in società di persone. Sul tema, v., da ultimo, A. Morini, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, in corso di pubblicazione e consultata grazie alla cortese disponibilità dell'Autore: nell'opera trovasi

conclude per l'ammissibilità della fattispecie società di capitali – amministratrici di società di persone. Il nucleo del ragionamento a fondamento della citata tesi è il seguente: qualora tutti i soci di una società di persone siano società di capitali, o si ammette che l'incarico di amministratori sia ricoperto da queste ultime, o si ammette la nomina, quale amministratore, di un terzo estraneo alla società personale, designato come mandatario dalle stesse società di capitali partecipanti ⁴⁸.

È chiaro che l'adesione all'una o all'altra soluzione implica necessariamente la disapplicazione di uno dei due principi menzionati: nella prima ipotesi, quello relativo al necessario affidamento del potere amministrativo a persone fisiche, nella seconda, il principio inerente la riserva, in capo ai soci, del potere di gestione delle società di persone.

Ma – in ciò sta l'importanza dell'approccio metodologico – non pare che la conclusione possa essere univoca per tutte le società di persone, vuoi perché il citato art. 111-*duodecies*, disp. att. c.c. non contempla, in modo peraltro discutibile, l'ipotesi della società semplice interamente partecipata da società di capitali, vuoi soprattutto perché il principio di necessaria correlazione tra potere di gestione e responsabilità patrimoniale illimitata assume sfumature diverse nei vari tipi di società personali. Come meglio avremo modo di precisare nel prosieguo dell'opera, assume una rilevanza centrale la *ratio* sottesa al suddetto principio, giacché dalla sua individuazione dipende, a ben vedere, la validità del binomio potere di gestione – rischio imprenditoriale illimitato. Vedremo che, se si rinvienga la *ratio* nell'esigenza di tutelare i creditori sociali mediante la garanzia del patrimonio personale di uno o più soci, si potrebbe ritenere con essa coerente il mantenimento della responsabilità illimitata di questi ultimi anche in presenza di una clausola statutaria che attribuisca l'amministrazione della società ad un terzo.

Naturalmente, come già sottolineato, l'analisi andrà condotta, volta per volta, in base ai diversi indici normativi che consentano, per ciascun modello di società personale, valutazioni differenti in ordine al problema dell'amministratore – non socio, strettamente legato a quello dell'amministratore – persona giuridica, entrambi finalizzati ad accertare se, ed entro quali limiti, una società (di capitali) possa amministrare una società di persone.

anche un accurato *excursus* storico in materia, che prende in esame, tra le altre, le posizioni di Vivante, Ascarelli, Sraffa, Bonfante, D'Amelio.

⁴⁷ Il quale consente che tutti i soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, 2° comma, c.c., siano società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, prevedendo in questi casi che la s.n.c. o la s.a.s. partecipata osservino le norme dettate per la redazione del bilancio delle s.p.a.

⁴⁸ L'alternativa è ben illustrata da A. Riccio, *La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone*, cit., p. 316 ss.

CAPITOLO II

Il problema delle persone giuridiche amministratrici di società (di persone)

Sommario: Paragrafo 1 – Premessa: insufficienza dell’argomento letterale e profili tematici rilevanti; - Paragrafo 2 – Gli argomenti ostativi alla fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone e il loro superamento, prima e dopo la riforma delle società; - 2.1. Introduzione; - 2.2. L’applicabilità dell’art. 2542 c.c. (già art. 2535 c.c.); - 2.3. La riserva di legge nella nomina degli amministratori; - 2.4. La rilevanza dell’*intuitus personae*; - 2.5. Società di persone e responsabilità limitata; - 2.6. Il divieto di rappresentanza nel consiglio di amministrazione (delle società di capitali): argomento inconferente (nelle società di persone)?; - 2.6. (In)compatibilità tra modelli societari; - Paragrafo 3 – Cenni sull’argomento negli ordinamenti stranieri; - 3.1. L’ordinamento francese; - 3.2. L’ordinamento tedesco; - 3.3. L’ordinamento inglese; - Paragrafo 4 – Il modello di amministrazione del G.E.I.E.; - Paragrafo 5 – Le opportunità della disciplina della Società Europea.

Paragrafo 1 – Premessa: insufficienza dell’argomento letterale e profili tematici rilevanti

In questo capitolo si prenderà in esame la *vexata quaestio* relativa all’ammissibilità della fattispecie “società amministratrice di altre società”, da un angolo visuale privilegiato rispetto a quello finora utilizzato dalla dottrina, anteriore alla riforma, costretta a fondare le proprie ricostruzioni su un sistema normativo più “avaro” di indizi risolutivi nell’una o nell’altra direzione. Questo, peraltro, non significa che il riformato diritto societario abbia sancito, *sic et simpliciter*, la legittimità della fattispecie in oggetto – che, anzi, alcune argomentazioni tralatzie fondanti la tesi negativa sembrano oggi sopravvivere – ma non può passare inosservata una serie di nuovi dati normativi che induce ad una risposta positiva.

La trattazione specifica delle argomentazioni a sostegno dell’una o dell’altra tesi troverà la sua *sedes materiae* nel successivo paragrafo, ma in questa premessa introduttiva è utile una ricognizione generale delle tematiche che potranno risultare decisive nel dipanare la questione.

Innanzitutto, lo sforzo interpretativo richiesto è duplice, giacchè non si tratta solo di prendere posizione sul problema *de quo* – tramite la scomposizione degli argomenti sviluppati dalla dottrina in materia di persone giuridiche amministratrici di società – ma anche di adattare l’analisi dei medesimi argomenti all’ordinamento delle società di persone. Da qui si comprenderà il significato di quanto si scriverà nel paragrafo 2 in riferimento alle conclusioni a cui è giunta la dottrina *ante e post* riforma in materia di società di capitali amministratrici di altre società di capitali.

Peraltro, coerentemente all’impostazione metodologica descritta nel capitolo precedente, sembra doversi rifiutare, ancora una volta, un approccio squisitamente “pratico”, che sopravvaluti i dati empirici in materia.

Ci si riferisce, in particolare, all’affermazione secondo la quale sarebbe ammissibile la nomina di una società come amministratrice di una s.r.l., ma non di una s.p.a., sulla base del fatto che, ad oggi, si rinvencono solamente casi di iscrizione nel registro imprese di atti costitutivi di s.r.l. amministrate da persone giuridiche⁴⁹. Ciò, anzi, potrebbe rappresentare una breccia nella tradizionale *forma mentis* contraria alla fattispecie persona giuridica - amministratrice di società, e non un semplice punto d’arrivo nell’evoluzione esegetica. Si intende dire che, ove non esistano seri argomenti giuridici ostativi all’attribuzione dell’amministrazione di una s.p.a. ad un’altra società (ed è quello che si cercherà di accertare, seppur incidentalmente, ai fini del presente lavoro, nel successivo paragrafo), non è corretto limitare, già sul piano teorico, la capacità ad amministrare di una società in base a quel che normalmente accade nella realtà.

Questo mi pare essere un punto essenziale in materia: la capacità di una società di capitali di amministrare altra società (sia essa di persone o di capitali) va accertata innanzitutto su un piano generale e, quindi, sotto il profilo della compatibilità con i limiti interni precipui di ogni tipo societario amministrato⁵⁰.

⁴⁹ Tra i casi commentati, che hanno poi indotto la dottrina alle successive riflessioni, si segnala l’iscrizione nel Registro delle imprese di Milano, nel settembre 2006, dell’atto costitutivo di una s.r.l. amministrata da un’altra s.r.l.: G. Chiametti, *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte prima)*, in *Impresa*, 2006, p. 1306 ss.; G. Negri, *La società fa l’amministratore*, in *Il Sole 24 Ore*, 2.9.2006, p. 24; N. Villa, *La governance parla un nuovo linguaggio*, in *Italia Oggi*, 11.9.2006, p. 6.

⁵⁰ Sembra dar per scontata la capacità di amministrare in capo alla persona giuridica, O. Cagnasso, *Una s.r.l. come amministratore di altra s.r.l.?*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 19/2006, p. 6: «si tratta, infatti, non di verificare se la persona giuridica ... abbia la capacità di assumere il ruolo di amministratore di una società, quanto piuttosto di esaminare se la disciplina societaria presenti regole incompatibili con tale scelta».

In quest'ottica, ci sembra errato sostenere l'inidoneità di una s.p.a. ad essere amministrata da un'altra società, esclusivamente in considerazione di dati normativi apparentemente riferiti alle sole persone fisiche amministratrici.

Giova ricordare come in tempi ormai remoti un Autore ⁵¹ avesse condotto un'indagine delle norme allora vigenti in materia di amministratori e ne avesse tratto la conclusione che le medesime, pur essendo sovente destinate, *naturaliter*, ad essere applicate a persone fisiche, non risultassero incompatibili con le caratteristiche tipiche delle persone giuridiche.

E giova ricordare altresì come l'evoluzione normativa, di cui si è fatto cenno all'inizio del paragrafo, abbia dato ragione a quell'Autore per quanto concerne il problema, affine a quello qui in esame, relativo alla possibilità della partecipazione di una società in una società di persone: rilevava il Guerra che le cause di esclusione del socio di società personale, quali l'interdizione, l'inabilitazione o la condanna ad una pena comportante interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici (art. 2286), per quanto riferite ai soci persone fisiche, non fossero in alcun modo sintomatiche dell'impossibilità per una società di partecipare ad una società di persone. E gli attuali artt. art. 2361 c.c. e 111-*duodecies* disp. att. confermano ed anzi tipizzano la fattispecie delle società di capitali socie di società di persone.

Facendo tesoro di questa esperienza, desta quantomeno perplessità che una parte della moderna dottrina ⁵² continui ad utilizzare l'argomento letterale per negare che una società di capitali possa amministrarne un'altra.

Si opina, al riguardo, che l'art. 2382 che prevede quali cause di ineleggibilità e decadenza dall'ufficio di amministratore, l'interdizione, l'inabilitazione, il fallimento e la condanna ad una pena comportante interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o incapacità ad esercitare uffici direttivi, nonché l'art. 2383, 4° comma, che richiede l'iscrizione nel registro delle imprese del cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio e cittadinanza degli amministratori, sarebbero compatibili esclusivamente con la figura della persona fisica.

Simile argomento, tuttavia, appare inconferente per una serie di motivazioni.

Con riguardo al primo articolo, si è già osservato come il fatto che la maggior parte delle cause di ineleggibilità e decadenza si riferisca all'amministratore persona fisica, non escluda

⁵¹ P. Guerra, *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, in *Riv. soc.*, 1956, p. 697 ss.

⁵² Si veda, in particolare, V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Società*, 2006, p. 1325. Peraltro, la tendenza a considerare il silenzio del legislatore come volontà contraria all'ammissibilità di una fattispecie, è certamente da respingersi (v. già la nota 15).

necessariamente la configurabilità dell'amministratore persona giuridica⁵³. Inoltre, tali cause di ineleggibilità e decadenza potrebbero essere applicate alle persone fisiche concretamente preposte alla gestione da parte della persona giuridica amministratrice, analogamente a quanto avviene nel G.E.I.E.⁵⁴.

In ordine al secondo articolo, poi, è stata prospettata la possibilità, per la persona giuridica amministratrice, di richiedere l'iscrizione della propria nomina, indicando denominazione e sede⁵⁵.

Infine, non si comprende quale sarebbe la giustificazione di un diverso trattamento tra s.p.a. ed s.r.l. amministrata, in presenza di dati normativi analoghi in merito ai requisiti e alle modalità di iscrizione al registro imprese degli amministratori di queste società; ossia, non si vede perché quelle medesime norme che, secondo la tesi qui avversata, impedirebbero ad una società di amministrare una s.p.a., non dovrebbero svolgere la medesima funzione ostativa

⁵³ P. Guerra, *op. cit.*, p. 698. Così anche S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000, p. 1172: «le disposizioni contenute in detto articolo dovrebbero essere applicabili ai soggetti che ricoprono il ruolo di amministratori della società – amministratore; ovvero, e più semplicemente, tale norma non si applicherà quando a ricoprire la carica amministrativa sia una persona giuridica». Anche secondo l'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, in www.consiglionotarilefirenze.it, «se è indubitabile che le norme in materia di nomina dell'organo amministrativo siano state dal legislatore modellate sul paradigma della persona fisica, non è altrettanto pacifica la derivazione di un principio di inapplicabilità delle stesse ad una persona fisica».

⁵⁴ A. Poti, *Il gruppo europeo di interesse economico. Schegge di disciplina e spunti per future riflessioni*, in *Riv. not.*, 1991, I, p. 342 ss. Vedremo in seguito, tuttavia, come l'applicazione analogica della disciplina del G.E.I.E. non possa dirsi pacifica.

⁵⁵ P. Guerra, *op. cit.*, p. 698; M. Porrini, *La società "amministratore"*, in *Impresa*, 2006, p. 1500; R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1208; A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, in *Contabilità finanza e controllo*, 2007, p. 352, a mente del quale «questa norma ... potrebbe benissimo essere stata scritta ... senza pensarci troppo e senza pertanto con essa operare scelte di campo (tra l'ammissibilità o meno dell'amministratore persona giuridica)». Una volta che l'iscrizione della società amministratrice sia stata presa con le relative generalità (denominazione, numero di iscrizione al registro delle imprese, luogo e data di costituzione, ubicazione della sede legale), non pare nemmeno necessaria l'indicazione delle generalità del legale rappresentante, se si voglia aderire, come si ritiene preferibile, alla tesi secondo cui la persona fisica amministratrice *pro tempore* della società iscritta sia automaticamente investita dei concreti poteri di gestione della società amministrata (F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, Collana diretta da S. Rossi, Milano, 2005, p. 202; M. Manuli, *Persona giuridica amministratore: necessità di un rappresentante?*, in *Vita notarile*, 2009, p. 607 ss.; *contra*, S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1172, ove si ritiene comunque necessaria l'iscrizione di cognome e nome, luogo e data di nascita, domicilio e cittadinanza del legale rappresentante della società designata come amministratrice; in passato, il disegno di legge di riforma delle società di persone, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 352 ss., prevedeva la necessità che la persona giuridica amministratrice designasse un rappresentante stabile con atto di nomina depositato presso l'ufficio del registro delle imprese, senza il quale deposito la persona giuridica non avrebbe potuto validamente impegnare la società amministrata).

anche per l'amministrazione di una s.r.l., posto che l'art. 2475 richiama proprio il 4° comma dell'art. 2383 ⁵⁶. È vero che, ai sensi dell'art. 2475, se non è diversamente stabilito in statuto, l'amministrazione della s.r.l. spetta a soggetti soci ⁵⁷, ma è altresì vero che non si rinvencono nell'ordinamento delle s.r.l. norme peculiari in materia di requisiti degli amministratori e di modalità della loro iscrizione nel registro delle imprese tali da potersi affermare che la carica di amministratore possa essere assunta, nelle sole s.r.l., da persone giuridiche.

Insomma, i requisiti negativi di ineleggibilità e decadenza degli amministratori, così come le indicazioni richieste per l'iscrizione della nomina degli stessi amministratori nel registro delle imprese, sono i medesimi nelle s.p.a., nelle s.r.l., nelle s.a.p.a. e nelle cooperative (ove si richiamano le norme sulle s.p.a. o sulle s.r.l.). E se si ritenga, come fa la dottrina qui avversata, che essi siano assolutamente incompatibili con la nomina ad amministratori di persone giuridiche, ciò dovrebbe valere per tutti i tipi di società di capitali amministrati.

A noi pare piuttosto che né l'art. 2382 né l'art. 2383 siano decisivi al riguardo, il primo perché potrebbe riferirsi solo alle persone fisiche senza con ciò esprimere un divieto all'assunzione dell'incarico da parte delle persone giuridiche, il secondo perché contiene una norma procedimentale che deve essere adattata (e può essere agevolmente adattata, come già visto) al soggetto che ne è il destinatario ⁵⁸.

A tale ricostruzione potrebbe obiettarsi che, laddove il Legislatore della riforma ha voluto estendere il campo d'applicazione delle norme, lo ha fatto espressamente: così, ad esempio, negli artt. 2328 e 2463, concernenti l'atto costitutivo delle s.p.a. e delle s.r.l., tra le generalità dei soci richieste, vi sono anche «lo Stato di costituzione» e la «sede», evidentemente riferibili alle persone giuridiche.

L'obiezione, tuttavia, prova troppo, poiché, da un lato, era pacifica, anche prima della riforma, nonostante il silenzio normativo, la possibilità che società di capitali partecipassero ad altre società di capitali, e dall'altro lato, non si può certo demandare al Legislatore il compito di codificare tutte le scelte interpretative.

⁵⁶ Invece non viene richiamato l'art. 2382 sulle cause di ineleggibilità e decadenza, ma in tal caso si può convenire con Salafia nel ritenere che si tratti di requisiti negativi validi per tutti gli amministratori di società (di capitali).

⁵⁷ E, sotto tale profilo, certamente pregnante è l'osservazione di chi (A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 353) ricorda che, se la s.r.l. ha come unico socio un'altra società, è inevitabile che l'amministrazione spetti a questa società.

⁵⁸ Pienamente condivisibile quanto scrive A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 352, secondo cui questa norma di natura meramente procedimentale è «di tenore identico rispetto al diritto previgente e quindi appartenente all'impianto originario del codice civile, quando non vi era alcuna sensibilità in ordine all'argomento qui affrontato».

L'irrelevanza del dato letterale ai fini dell'opzione verso l'una o l'altra tesi si ripete anche per la questione parallela dell'amministrazione di società personali da parte di persone giuridiche. La circostanza che l'art. 2295, in ordine al contenuto dell'atto costitutivo della s.n.c., menzioni «il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio, la cittadinanza dei soci», dati evidentemente riferibili alle sole persone fisiche, non esclude oggi la partecipazione di società di capitali (ma anche di persone) a società personali, ai sensi del già citato art. 2361.

Ancora, norme come quelle relative alla «morte» del socio (art. 2284) o a cause di esclusione riferibili soltanto alle persone fisiche (art. 2286) non acquistano rilevanza decisiva in materia. E lo stesso deve dirsi per il lessico che sembra riferirsi, *prima facie*, alle sole persone fisiche amministratrici delle società personali. L'art. 2267, ad esempio, prevede che delle obbligazioni sociali rispondono «*personalmente*», oltre che solidalmente, i soci che hanno agito in nome e per conto della società: non consta, a quanto pare, che dal citato avverbio la dottrina abbia tratto spunto per sostenere che la norma non sia applicabile alle persone giuridiche socie di società di persone, quando le prime abbiano agito in nome e per conto delle seconde. L'interpretazione è corretta, perché, nonostante il Legislatore storico, nel dettare la norma, avesse certamente in mente i soci persone fisiche, la stessa norma deve oggi essere adattata all'evoluzione in materia: cosicchè, quell'avverbio «*personalmente*» sta a significare che, qualora si tratti di una persona giuridica socia, la responsabilità sarà comunque estesa all'intero suo patrimonio ⁵⁹.

Analogamente, l'art. 2266 individua la rappresentanza processuale della società semplice «*nella persona*» dei soci amministratori (che sono anche, di diritto, rappresentanti): non vi è dubbio che la norma possa essere adattata all'eventualità della persona giuridica amministratrice della società personale, riferendo la rappresentanza sostanziale e processuale di quest'ultima all'individuo che concretamente è preposto a tale ufficio da parte della persona giuridica.

In conclusione, l'interpretazione letterale appare inidonea a fondare una *tutior opinio* in ordine al problema dell'ammissibilità di società (di capitali) amministratrici di altre società (di capitali o di persone); altrove andranno ricercate le argomentazioni ostative alla soluzione positiva del problema e le controdeduzioni idonee a superarle.

⁵⁹ Discusso, invece, se la norma giustifichi una responsabilità solidale della persona giuridica amministratrice e della persona fisica concretamente preposta all'amministrazione: v. già il Cap. 1, par. 1, in particolare le note 18 e 19, nonché il successivo par. 2 del presente Capitolo.

Sembra utile, qui, premettere un breve “sommario” di tali argomentazioni, che verranno meglio sviluppate nel paragrafo successivo:

- il previgente art. 2535 (oggi confluito, con alcune variazioni, nell’art. 2542) imponeva che fossero nominati amministratori di cooperative soltanto soci o mandatari di persone giuridiche socie;
- si supposeva l’esistenza, prima della riforma, di un generale principio, desumibile dall’art. 2383, che riservava all’assemblea della società amministrata la nomina e la revoca degli amministratori;
- il principio dell’*intuitus personae* avrebbe impedito, in ispecie anteriormente al d. lgs. n. 6/2003, non soltanto la partecipazione delle società di capitali in società di persone, ma anche l’amministrazione delle seconde ad opera delle prime;
- la limitazione della responsabilità patrimoniale di cui godono le società di capitali potrebbe costituire un *escamotage* per limitare la responsabilità dell’amministratore – società per i danni cagionati nell’esercizio delle sue funzioni;
- l’art. 2388, 3° comma, vieta il voto per rappresentanza nel consiglio di amministrazione delle s.p.a., apparendo ciò in contrasto con la figura dell’amministratore – persona giuridica che, per esprimere la propria volontà, deve necessariamente avvalersi di un “rappresentante”;
- risulterebbe estremamente complicato inserire nell’ordinamento della società amministrata quello della società amministratrice.

Si prenderanno in considerazione questi profili tematici secondo il loro sviluppo nella dottrina e nella giurisprudenza anteriori e successive alla riforma del 2003, con un’attenzione particolare al loro atteggiarsi nel campo delle società di persone.

Paragrafo 2 – Gli argomenti ostativi alla fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone e il loro superamento, prima e dopo la riforma delle società

2.1. Introduzione

Prima della riforma organica del diritto societario, larga parte della dottrina si era impegnata nello studio della fattispecie società di capitali amministratrice di altra società di capitali, senza soffermarsi in particolare sull’ipotesi parallela di una società di capitali amministratrice

di una società di persone. Tale impostazione risentiva ovviamente della soluzione negativa, a lungo propugnata dalla giurisprudenza di legittimità ⁶⁰, del problema “a monte”, quello dell’ammissibilità della partecipazione di una società di capitali ad una di persone.

Dopo la riforma del 2003, sembra che l’impostazione esegetica si sia rovesciata: numerosi Autori, facendo leva sul nuovo art. 2361, danno per scontato che una società di capitali possa non soltanto partecipare, ma anche amministrare una società di persone, continuando ad interrogarsi invece sulla liceità della fattispecie società di capitali – amministratrice di altra società di capitali, talvolta desumendo la liceità di quest’ultima ipotesi dall’avvenuto riconoscimento legislativo della prima ⁶¹.

A noi pare che un simile *modus procedendi* non sia propriamente corretto, perché non si vede come l’eventuale riconoscimento della possibilità che una società di capitali amministri una società personale possa costituire un presupposto dell’ammissibilità di una società di capitali amministrata da un’altra società di capitali. Come abbiamo già accennato nel paragrafo precedente infatti, una volta che si riconosca, su un piano generale, l’astratta capacità di amministrare in capo ad una persona giuridica (in particolare una società), occorre poi valutarne la compatibilità in concreto con i vari modelli di società amministrate: se diversi sono i limiti e i principi da osservare per ogni tipo societario, diverse potranno essere le conclusioni per ciascuno di essi.

Occorre quindi, a nostro avviso, fare un passo indietro nell’analisi giuridica e procedere ad una ricognizione degli argomenti tematici elencati in fine al precedente paragrafo, allo scopo di accertarne la meritevolezza in ordine al problema di una società personale amministrata da una di capitali, senza poi spingerci all’esame della fattispecie società di capitali - amministratrice di altra società di capitali, che ben si presterebbe ad essere oggetto di una separata opera.

2.2. L’applicabilità dell’art. 2542 (già art. 2535)

Il primo profilo tematico da analizzare concerne l’eventuale rilevanza, ai nostri fini, del previgente art. 2535, dettato in materia di cooperative, secondo cui «gli amministratori

⁶⁰ Tra le varie pronunce in tal direzione: Cass., 2.1.1995, n. 7, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 545; Cass., 16.2.1993, n. 1906, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 779; Cass., 17.10.1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 708.

⁶¹ V. note 11 e 12.

devono essere soci o mandatari di persone giuridiche socie»⁶².

La dottrina risalente traeva da questa norma la convinzione che amministratrici potessero essere solo le persone fisiche socie o quelle nominate come mandatarie dalle persone giuridiche socie (e giammai queste ultime)⁶³.

Si rispondeva, correttamente, che la dizione della norma non escludeva la possibilità che le persone giuridiche socie, in quanto tali, assumessero la veste di amministratrici della società, e che, anzi, lo scopo del legislatore era quello di ampliare la cerchia dei soggetti eleggibili, comprendendovi cioè soggetti non soci, purchè mandatari di persone giuridiche socie⁶⁴. Inoltre, la norma non impediva certo che mandatari delle persone giuridiche socie fossero a loro volta persone giuridiche⁶⁵.

Riteniamo che tale disposizione non fosse e non sia tuttora (nella sua nuova formulazione contenuta nell'art. 2542) applicabile alle società di persone.

Innanzitutto, la *ratio* della norma, che appare oggi più chiara grazie al nuovo testo dell'art. 2542, è quella di riservare ai soci cooperatori la nomina della maggioranza degli

⁶² L'attuale art. 2542 («La maggioranza degli amministratori è scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche») rinnova nella forma ma non nella sostanza la precedente disposizione, lasciando così inalterata la tesi sfavorevole alla nomina dell'amministratore – persona giuridica, che si era precedentemente formata: cfr. R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., p. 1203.

⁶³ G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 88; G. Marasà, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 255 ss.; E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 138.

⁶⁴ P. Guerra, *op. cit.*, p. 700; Candian, *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temì*, 1959, p. 329; S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1177. Così anche G. Pescatore, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1167, a mente del quale la norma «potrebbe anche essere letta nel senso di attribuire ai soci cooperatori persone giuridiche la facoltà di scegliere se essere eletti amministratori (...) o indicare un terzo». La riforma sembra aver confermato quest'ultima tesi, consentendo «ora esplicitamente il superamento della riserva a favore dei soci nelle cariche amministrative» (F. Vella, *Commento all'art. 2542*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 336). Anche secondo l'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit., dall'art. 2542 non si può trarre un argomento contrario all'ammissibilità della persona giuridica – amministratrice di società, giacchè se questo fosse un principio generale, il legislatore non avrebbe avuto alcun motivo di esplicitarlo nella norma *de qua*. Contrario rimane P.M. Sanfilippo, *Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali?*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 668, secondo il quale la disposizione ha come unico scopo quello di conservare il fondamentale principio di competenza assembleare nella scelta degli amministratori, senza che la norma «possa leggersi nel senso di introdurre una facoltà “ampliativa”, che si aggiungerebbe alla possibilità della persona giuridica di essere nominata essa stessa amministratore». A mente dell'Autore da ultimo citato, la regola dell'art. 2542 non avrebbe carattere eccezionale, ma sarebbe invece applicabile certamente alle s.p.a. (visto anche il divieto del voto per rappresentanza nel consiglio di amministrazione) e, se non diversamente disposto in statuto, anche alle s.r.l.

⁶⁵ S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1177.

amministratori, *ratio* che risulta evidentemente estranea alle società di persone ove, come vedremo, oltre a mancare una simile distinzione tra categorie di soci, non viene nemmeno sancito il diritto indisponibile di ogni socio di nominare gli amministratori ⁶⁶.

In secondo luogo, la stessa dizione letterale del precedente art. 2535 (che parlava di «mandatari» di persone giuridiche socie ⁶⁷) appariva inadeguata se trasportata nell'universo delle società personali. Relativamente a queste ultime, infatti, è ormai convinzione della dottrina prevalente che la natura giuridica del rapporto di amministrazione non possa qualificarsi semplicemente di mandato reciproco tra i soci, non condividendo le caratteristiche precipue del contratto di mandato ⁶⁸. Sarà oggetto del Capitolo III la ricognizione delle tesi dottrinali sull'ammissibilità dell'amministratore estraneo nelle società di persone, strettamente connesse alla natura giuridica del rapporto di amministrazione. Qui si vuole però sottolineare come l'applicazione analogica alle società personali del previgente art. 2535, 1° comma, (o, meglio, della sua interpretazione come dato normativo contrario all'amministratore – persona giuridica), da un lato sia metodologicamente scorretta perché non fondata sui presupposti richiesti da simile tecnica ermeneutica, e, dall'altro, risulti fuorviante negli esiti: affermare che nelle società di persone partecipate da società di capitali, amministratori possano essere sole le persone fisiche designate come mandatarie delle persone giuridiche socie, non solo contrasta con quanto sopra specificato in ordine alla natura giuridica del rapporto di amministrazione, ma non serve neppure a risolvere il problema allo studio.

Al riguardo, bastino due considerazioni.

⁶⁶ R. Guglielmo, *op. cit.*, p. 1204. In passato, sostenevano l'eccezionalità dell'art. 2535, 1° comma, evidenziando però l'estrinseca differenziazione tra società cooperative e società lucrative: B. Libonati, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 179; G. Oppo, *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 9.

⁶⁷ Lo stesso legislatore della riforma, accogliendo le critiche della precedente dottrina (G. Marasà, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, cit., p. 255 ss.), ha eliminato il riferimento al mandato, sostituendolo con la più generica "indicazione" degli amministratori da parte dei soci cooperatori persone giuridiche: la scelta sarebbe «indirizzata a marcare l'indifferenza di tali rapporti allo svolgimento della funzione amministrativa» (F. Vella, *Commento all'art. 2542*, cit., p. 337).

⁶⁸ G. Grippo, *Le società di persone*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999, p. 139; F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, p. 65. Si veda, in particolare, G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.*, III, Padova, 2004, p. 148 ss.: «a differenza del mandatario, l'amministratore non è soggetto alle istruzioni dei soci, non deve dare comunicazione dell'eseguito mandato, deve un rendiconto secondo un quadro contabile ben diverso da chi si limita a compiere uno o più atti giuridici».

Innanzitutto, la migliore dottrina ha da tempo riconosciuto la possibilità di nominare, anche nelle società personali, come mandatarî generali o institori (qualora si tratti di impresa commerciale) soggetti estranei alla società, senza che ai soci venga così sottratta la direzione ed il controllo dell'impresa ⁶⁹.

Inoltre – e questa è una delle chiavi di lettura su cui ci soffermeremo più diffusamente al Capitolo IV – sostenere che, in caso di società di persone interamente partecipata da società di capitali, queste ultime, non possano, in quanto persone giuridiche, assumere la veste di amministrate, ma debbano necessariamente, all'uopo, designare persone fisiche estranee alla compagine sociale ⁷⁰, non risolverebbe neanche l'alternativa dogmatica che ci si è posti all'indomani della riforma (sulla quale si rinvia in fine al paragrafo 2 del Capitolo I): quella tra l'amministratore – persona giuridica e l'amministratore - non socio. Infatti, nessuna norma ⁷¹ vieterebbe alle società di capitali socie di designare come amministratore non una persona fisica, bensì un altro ente, con la conseguenza più generale che le persone giuridiche potrebbero amministrare società di persone anche quando non fossero socie di queste ultime. Ma allora, così ragionando, cadrebbe l'alternativa dogmatica che si poneva inizialmente: verrebbe scardinato sia il principio per cui amministratore di una società di persone deve essere una persona fisica, sia quello per cui amministratore deve necessariamente essere un socio.

⁶⁹ F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 66: «Per ritenere ammissibili amministratori non soci si dovrebbe, in realtà, dimostrare che la stessa direzione dell'impresa, nella quale si identifica la facoltà di amministrare, sia trasferibile ad estranei». G. Grippo, *Le società di persone*, cit., p. 139: «La società, a seconda delle situazioni, potrà nominare, come può farlo qualunque imprenditore, anche un mandatario generale oppure, in caso di esercizio di un'attività commerciale, un institore. Le funzioni amministrative e l'esclusività della loro attribuzione ai gestori sociali non saranno vanificate dalla delega, che, come tale, implica poteri di controllo e di revoca, nonché la permanenza del sistema di responsabilità». G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 149: «E nemmeno, ai sensi dell'art. 1717 cod. civ., l'amministratore potrebbe delegare integralmente i suoi compiti a un sostituto: se nomina un institore nelle società commerciali o se conferisce procure, generali o speciali, a soci o a terzi, ne deve dirigere e sorvegliare l'operato, senza abdicare alle sue funzioni».

⁷⁰ Ritenendo quindi, contrariamente alla dottrina tradizionale, tramontato il principio dell'amministratore socio: A. Riccio, *La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 321; ID., *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 26.

⁷¹ Certo non l'attuale art. 2542, 2° comma, che parla di «persone» (suscettibile di ricomprendere, letteralmente, persone fisiche e giuridiche) nominate dai soci cooperatori persone giuridiche. Anche altrove il termine «persone» si riferisce genericamente ad ogni soggetto di diritto; cfr., ad esempio, l'art. 2463, 2° comma, n. 8 (così anche A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 352). Dunque l'argomento letterale che la tesi ostativa alla persona giuridica amministratrice di società vorrebbe valorizzare, può essere utilizzato *a contrario*.

È evidente, dunque, che il richiamo all'art. 2542 (già art. 2535) al fine di sostenere l'impossibilità per una persona giuridica (nel nostro caso, una società di capitali) di amministrare una società (di persone), sia inadeguato allo scopo.

2.3. La riserva di legge nella nomina degli amministratori

Vediamo ora se sia calzante l'invocazione di un altro principio generale (o presunto tale) al fine di escludere la fattispecie società di capitali – amministratrice di società personale.

Si tratta del principio secondo cui la nomina degli amministratori spetterebbe esclusivamente ai soci della stessa società amministrata, con il conseguente rischio della violazione del medesimo qualora le persone fisiche concretamente preposte alla gestione fossero scelte *ad libitum* dalla persona giuridica amministratrice della società. Per la verità, il principio era stato elaborato con riguardo all'ipotesi di una persona giuridica nominata amministratrice di una società di capitali, nella quale ultima si sarebbe dovuta rispettare, secondo questa dottrina, la competenza esclusiva dell'assemblea della società amministrata nella nomina e nella revoca degli amministratori ⁷².

Questa tesi, ampiamente criticata nel merito prima della riforma ⁷³, risulta oggi insoddisfacente nella sua asserita valenza di interpretazione comune a tutti i tipi di società di capitali (e, vedremo di seguito, anche di persone) amministrate.

Già con riguardo alla società in accomandita per azioni si è osservato che «non sussiste il potere esclusivo dell'assemblea dei soci di designare gli amministratori» ⁷⁴, poiché i soci

⁷² E. Gliozzi, *op. cit.*, p. 138 ss., ove si faceva leva sui previgenti artt. 2364 e 2383 che riservavano all'assemblea di s.p.a. la nomina e la revoca degli amministratori.

⁷³ Si osservava giustamente che i soci, nominando e revocando la persona giuridica amministratrice, «ben lungi dall'essere esautorati, esercitano i poteri previsti dall'art. 2383, essendo indifferente chi, in concreto, venga prescelto, in applicazione delle regole che la contraddistinguono, per darle voce» (G. Caselli, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991, p. 28, il quale Autore era comunque contrario all'amministratore – persona giuridica). Adde, A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994, p. 101; S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1173. Da ultimo, in questa direzione, v. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore nelle società*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, pp. 115 ss., il quale ritiene che la nomina dell'amministratore – persona giuridica debba essere intesa come una «sorta di determinazione *per relationem* di chi in concreto è chiamato a svolgere l'incarico gestorio, per il tramite dell'affidamento della stessa ai centri decisionali della persona giuridica prescelta».

⁷⁴ F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, tomo primo, Padova, 2006, p. 768.

accomandatari sono di diritto amministratori, ragione per cui se una società è socia accomandataria di una s.a.p.a., ne sarà anche amministratrice ⁷⁵.

Ma è con riferimento alle società a responsabilità limitata che la tesi, dopo la riforma, appare ancor più inappagante. L'affrancamento della disciplina delle s.r.l. da quella delle s.p.a. porta oggi ad affermare che non sussista più, nelle prime, una riserva assoluta di competenza assembleare nella nomina degli amministratori. L'inciso «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo» di cui all'art. 2475, 1° comma, è stato correttamente inteso nel senso di consentire che il diritto di nomina degli amministratori venga attribuito ad uno o alcuni soltanto dei soci (*ex art. 2468, 3° comma*) ⁷⁶ o, ancora, nel senso che lo statuto possa designare direttamente gli amministratori, senza necessità di nomina da parte dei soci ⁷⁷.

Il rischio dell'esautoramento del potere dei soci di nominare gli amministratori – che, come appena visto, non è comune a tutte le società di capitali – non può tantomeno rinvenirsi nell'universo delle società personali.

Nelle società in accomandita semplice la qualifica di amministratore è inscindibilmente connessa con lo *status* di socio accomandatario (art. 2318) – pur non essendo tutti gli accomandatari necessariamente amministratori – per cui è evidente che se una persona giuridica partecipa ad una s.a.s. in veste di unica socia accomandataria, per ciò solo ne sarà amministratrice, in difetto di diversa pattuizione contenuta nel contratto sociale o in atto separato.

Anche nelle società semplici e nelle società in nome collettivo, dove pure, di regola, è richiesta l'unanimità per la nomina, nel contratto sociale o con atto separato, degli amministratori, si esclude l'immanenza di una riserva in capo a tutti i soci di tale potere. Infatti è ben possibile che alcuni soci siano privati non solo del potere di amministrare ma anche di quello di scegliere gli amministratori, e ciò sfruttando l'apertura determinata

⁷⁵ Parere dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, in risposta al quesito n. 5920/I «Società di capitali amministratore di altra società di capitali», cit.; Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.; A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 354; P. Gallini, *Persona giuridica come amministratore di srl: vantaggi e limiti*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 20/2008, p. 36.

⁷⁶ Si veda, *ex pluribus*, O. Cagnasso, *Una s.r.l. come amministratore di altra s.r.l.?*, cit., p. 10; F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 768; M. Frascati, *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 8/2007, p. 43.

⁷⁷ A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 352; Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit. Significativo che lo stesso V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1325, pur essendo tendenzialmente contrario all'amministratore – persona giuridica, riconosca che il lessico dell'art. 2475, 1° comma, «potrebbe leggersi nel senso di non escludere la comprensione, fra i soggetti abilitati alla funzione amministrativa, delle persone giuridiche».

dall'inciso «salvo diversa pattuizione» di cui al 1° comma dell'art. 2257. Questo potrebbe avvenire, in via diretta, mediante una clausola contrattuale che riservi il potere di nomina ad uno o alcuni soltanto dei soci, analogamente a quanto può prevedere lo statuto di s.r.l. in materia di particolari diritti dei soci ⁷⁸: si noti, tra l'altro – ad ulteriore conferma della liceità della suddetta clausola - come, nel pensiero della dottrina, quest'ultimo istituto innesti «una variabile personalistica sull'impianto capitalistico» ⁷⁹ della s.r.l., con ciò presupponendosi la piena legittimità del modello derogatorio di partenza proprio delle società di persone. Oppure, la sottrazione ai soci della nomina degli amministratori potrebbe concretarsi, in via indiretta, per effetto del subingresso di un nuovo socio acquirente della partecipazione sociale, senza il consenso di tutti gli altri soci, in deroga all'art. 2252, qualora l'atto costitutivo preveda la libera circolazione delle quote ⁸⁰. In tale ultimo caso, l'acquirente della partecipazione sociale

⁷⁸ Secondo R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., p. 1204, «si avrebbe, in tale ipotesi, una rinuncia da parte degli altri soci al diritto di scegliere gli amministratori della società». Così orientato A. Rossi, *Il GEIE nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998, p. 224: «nominare un amministratore nel contratto sociale significa sottrarre agli altri soci una facoltà che spetterebbe loro per legge». Anche secondo A. Cetra, *op. cit.*, p. 114, nelle società di persone non si pone il problema esaminato nel testo, giacché in esse «il criterio di attribuzione della carica gestoria presuppone l'investitura su un soggetto specifico, determinato o determinabile *ex ante*, in ragione dello *status* di socio rivestito o di determinate qualità possedute, senza risentire delle caratteristiche legate alla natura di tale soggetto, che allora potrebbe essere anche diverso dalla persona fisica». Favorevolmente schierato anche F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 62, che reputa lecite le «clausole statutarie che attribuiscano alla società-socia poteri decisivi nella nomina degli amministratori, o che attribuiscano, alla società-socia, il potere di amministrare la società senza effettivo controllo da parte degli altri soci». In effetti nulla osta a considerare disponibile la facoltà di amministrare di ogni socio, poiché quel che interessa al legislatore, nelle società personali, è solamente la tutela dei terzi creditori sociali, legando il potere di gestione alla responsabilità illimitata. Problema diverso, di cui ci occuperemo al Capitolo III, è valutare se la rinuncia al diritto ad amministrare possa avvenire anche a favore di un terzo. Si noti anche che l'Autore da ultimo citato considera pienamente lecita (in quanto possibile conseguenza dell'introduzione delle clausole contrattuali sopra menzionate) l'ipotesi inversa a quella della società di capitali amministratrice della società personale: cioè l'ipotesi in cui tutti i poteri amministrativi siano assegnati a soci diversi dalla società di capitali partecipante alla società di persone, restando relegata la prima ad un «ruolo del tutto marginale nelle decisioni vitali» della seconda (p. 94).

⁷⁹ M. Maltoni, *Commento all'art. 2468*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2007, p. 995.

⁸⁰ R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., p. 1204. Ovviamente, a condizione che si ammetta la legittimità di una clausola statutaria di libera trasferibilità della quota di società di persone: in senso positivo, in giurisprudenza, Cass., 22.6.1963, n. 1692, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1964, II, p. 40; Cass., 10.2.1971, n. 340, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 706; Trib. Milano, 28.12.1989, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1991, II, p. 589. In dottrina: P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 305; G.C. Rivolta, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 327 ss.; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 164; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 111; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 91, il quale ammette la clausola di trasferibilità che preveda la valutazione di requisiti soggettivi della persona del socio subentrante. In senso contrario, F. Tassinari, *Trasferimento per atto tra vivi delle quote di società di persone*, in *Riv. notariato*, 1958, p.

(a responsabilità illimitata) diventerebbe certamente amministratore senza essere scelto dagli altri soci, per il fatto che, se non previsto diversamente nel contratto sociale, il potere di amministrare spetta disgiuntamente a ciascun socio ⁸¹. Questa conclusione mi pare condivisibile sia accogliendo la tesi che considera il potere di amministrazione come un potere originario, che la legge riconosce al socio, quale «capo dell'impresa sociale» ⁸², sia aderendo a quella opposta dottrina, che distingue dal rapporto sociale il rapporto di amministrazione, rinvenendo in quest'ultimo la sostanza del mandato ⁸³. Insomma, una volta ammessa la convenzione del libero trasferimento delle quote, ne deriva che la sottrazione ai soci del potere di scegliere gli amministratori rappresenta una conseguenza legale dell'assetto organizzativo unanimemente determinato nel contratto sociale ⁸⁴.

Affermata dunque l'insussistenza di una riserva legale assoluta, in capo ai soci di società di persone, del potere di nomina degli amministratori, ne discende l'impossibilità di invocare il rischio di violazione di detta riserva per negare la capacità di una società di capitali di amministrare una società personale.

294 ss.; E. Simonetto, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 510, e in *Arch. civ.*, 1985, p. 289 ss.

⁸¹ L'esattezza di questa ricostruzione sembra essere confermata anche da quella dottrina che ha evidenziato l'opportunità, a tal riguardo, di clausole statutarie volte a disancorare le vicende degli amministratori dalla circolazione delle partecipazioni sociali, «per far sì che il nuovo entrato in società, pur subentrando ad un amministratore, non acquisti il diritto di amministrare, ma quello, più limitato, di concorrere alla nomina degli amministratori» (L. Pisani, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, p. 25). Il libero subingresso, nella compagine della s.n.c., di un nuovo socio – nell'ipotesi che ci interessa, una società di capitali – munito del potere di gestione potrebbe determinare inoltre, come sottolinea F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 207, il problema della possibile violazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2301: in tal caso, secondo il citato Autore, sarebbe necessario e sufficiente il consenso espresso dagli amministratori della società di persone all'esercizio dell'attività concorrente da parte della società di capitali – socia, e ciò sulla base del fatto che la legittimazione a proporre la domanda di risarcimento del danno, in caso di violazione del divieto di concorrenza, spetta alla società e dunque a chi la rappresenta. A nostro avviso, invece, il consenso *de quo* deve essere prestato necessariamente da tutti i soci, trattandosi di un diritto soggettivo disponibile che opera a favore e contro ogni socio della s.n.c. (ed ogni accomandatario della s.a.s.).

⁸² V. per tutti, F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 62 ss.

⁸³ G. Ferri, *Delle società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, V, *Del lavoro*, 3^a ed., Bologna-Roma, 1981, p. 172: «Il potere di amministrazione, anche quando è soltanto conseguenza della partecipazione alla società, non è elemento del rapporto sociale, ma è elemento di un distinto rapporto che in quello sociale si innesta, rimanendone autonomo anche se connesso, e pertanto soggetto ad una autonoma disciplina».

⁸⁴ Sotto questo profilo, non c'è dubbio che è dalla manifestazione unanimistica all'atto della conclusione del contratto di società che deriva l'applicazione della regola (eccezionale) del libero trasferimento della partecipazione (v. anche F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 52 ss., con riguardo all'introduzione del principio maggioritario in deroga all'art. 2252).

2.4. La rilevanza dell'*intuitus personae*

Veniamo ora ad una terza argomentazione utilizzata anteriormente alla riforma per negare sia la partecipazione di società di capitali in società di persone, sia, a maggior ragione, la gestione delle seconde ad opera delle prime.

L'*intuitus personae*, cioè quell'elemento che fa sì che «due o più soggetti si uniscono in società sul fondamento della reciproca fiducia nelle attitudini dei singoli e dell'affidamento che la consistenza del patrimonio di ciascuno ingenera negli altri»⁸⁵, avrebbe determinato, prima della riforma, l'impossibilità per una società di capitali di partecipare ad una di persone e continuerebbe a determinare, dopo la riforma – caduto espressamente, per disposizione normativa, il primo assunto – l'inammissibilità della società di capitali amministratrice di una società personale.

Non si vuole ripetere quanto già detto al paragrafo 2 del Capitolo I in merito all'evoluzione della dottrina circa la valenza soltanto “naturale” e non essenziale dell'*intuitus personae*.

Basti però ricordare come tale argomento, già considerato troppo debole da quella stessa Cassazione che negava la partecipazione di società di capitali a società di persone (ma sulla base di altre argomentazioni)⁸⁶, appaia ancor più inconferente se rapportato al problema della società di capitali – amministratrice della società di persone partecipata.

In primo luogo, quale che sia la natura giuridica del rapporto di amministrazione nelle società personali, l'*intuitus personae* non rappresenta un elemento essenziale di quel rapporto. Questo vale qualora si accolga la tesi della natura originaria, *ex lege*, dei poteri di amministrazione, essendo in tal caso rimarcata l'indipendenza e l'autonomia decisionale di ciascun amministratore, il quale non sarà tenuto a dar conto dell'esercizio della sua sovranità, se non nei limiti del controllo di cui all'art. 2261. Ma vale anche qualora si preferisca la tesi del rapporto di amministrazione come di mandato conferitosi reciprocamente dai soci. All'uopo

⁸⁵ G. Grippo, *Le società di persone*, cit., p. 119.

⁸⁶ La ormai celebre Cassazione 17.10.1988, n. 5636, in *Foro it.*, 1988, I, 3248; *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 59; *Dir. fall.*, 1989, II, p. 315; *Giur. comm.*, 1989, II, p. 5, aveva già superato le tradizionali argomentazioni basate sull'*intuitus personae* e sull'*affectio societatis*, giacchè «ritenute irrilevanti perché generiche e descrittive e non correlate da norme inderogabili ed imperative» (F. Pugliese, *La partecipazione di una società di capitali in qualità di socio in una società di persone comporta violazione di norme inderogabili?*, in *Impresa e Società di persone*, a cura di A. Gambino, Torino, 2004, p. 147), spostando l'attenzione sul possibile pregiudizio derivante alla società di capitali e ai suoi creditori dalla partecipazione ad una società di persone. Cfr. anche C. Conforti, *La società in accomandita semplice*, in *Il Diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005, p. 112. Sul piano pratico, anche la recente dottrina ribadisce che nella persona giuridica ben possono rinvenirsi requisiti che costituiscono «i coefficienti alla base di una relazione di fiducia», tra i quali, ad es., la «puntualità nell'adempimento di incarichi assunti; affidabilità economica; consistenza patrimoniale; ecc.» (i virgolettati sono di A. Cetra, *op. cit.*, p. 119).

soccorrono un'autorevole dottrina ⁸⁷ e, ora, la giurisprudenza di legittimità ⁸⁸, che negano il carattere fiduciario del mandato ad amministrare, proprio per la mancanza di quell'*intuitus personae* che dovrebbe determinare la produzione di conseguenze giuridiche ⁸⁹.

In secondo luogo, non riteniamo possibile invocare, in siffatta ipotesi, una tutela del legittimo affidamento dei soci della società di persone a non vedersi cambiare gli amministratori da loro scelti. E questo semplicemente perché il mutamento della compagine amministrativa della partecipante non rappresenta una modifica dei patti sociali della società di persone e non richiede quindi il consenso dei soci di quest'ultima ⁹⁰. Amministratrice della società personale resta la società di capitali, alla quale già i soci della società di persone partecipata avevano (solo eventualmente, stante le possibili deroghe esposte sopra) espresso la preferenza. Finché si rimane nell'ambito della rappresentanza organica ⁹¹, non si può discorrere di elusione delle norme sull'amministrazione. Semmai si volesse ancora far valere una presunta riserva assoluta, in capo ai soci, del potere di nomina degli amministratori (così non è, come già

⁸⁷ Su tutti v. A. Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, p. 181.

⁸⁸ Cass., sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840, in *Dir. e giust.*, n. 41/2006, p. 18 ss., anche se con riferimento all'amministrazione di un condominio: «Al contrario, nel mandato la particolare rilevanza della persona o delle qualità del mandatario non influisce sulla disciplina, posto che il mandato, come tipo legale, non è caratterizzato dalla personalità della prestazione del mandatario». *Contra*, Cass., 8.10.1963, n. 2668, in *Mass. Giust. civ.*, 1963, p. 1250; Cass., 9.6.1994, n. 5608, in *Foro it.*, 1994, c. 3436.

⁸⁹ Secondo Cass., sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840, cit., p. 18 ss., altrove occorre individuare la *ratio* della disciplina del contratto di mandato, che pure presenta, *prima facie*, elementi di vicinanza ad un contratto *intuitu personae*: «L'incredibilità *inter vivos* degli obblighi del mandatario, piuttosto che dal carattere personale degli obblighi stessi, dispone dell'applicazione della disciplina dettata in materia di trasferimento delle obbligazioni passive (artt. 1273 ss., 1406 ss. c.c.). Non trova giustificazione in un elemento fiduciario l'assetto dello scioglimento, in ordine a talune cause speciali di estinzione, quali la revoca o la rinuncia (art. 1722, nn. 2 e 3, c.c.) ed il fallimento (art. 78 l. fall.). Quanto all'estinzione per morte o sopravvenuta incapacità di uno dei contraenti (art. 1722, n. 4, c.c.) e alla intrasmissibilità *mortis causa* del rapporto non sussiste la *ratio fiduciae* poiché lo scioglimento trova la propria fonte non nella fiducia, ma nel carattere personale della valutazione dell'interesse compiuta in precedenza dal mandante».

⁹⁰ Così anche F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 199. Che la società amministratrice operi per il tramite di persone fisiche mutevoli, è considerato «un dato di mero fatto, giuridicamente non rilevante» anche dall'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit.

⁹¹ Si è anche affermato che agli amministratori di società per azioni è attribuita «una rappresentanza simile (ma non uguale) a quella organica», meglio definibile come «rappresentanza sociale, considerando tale fattispecie una tipologia autonoma e distinta da quella civilistica» (A. Montonese, *La rappresentanza "sociale" degli amministratori*, in www.dircomm.it). Sulla fonte del potere rappresentativo degli amministratori di s.p.a. si discute tra chi la individua nella legge (V. Calandra Buonauro, *Potere di gestione e potere di rappresentanza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Milano, 1991, V, p. 130 ss.) e chi nella volontà della società, espressa nello statuto o nella delibera di nomina (C. Malberti, *Commento all'art. 2384*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 179).

dimostrato *supra*), tale riserva non verrebbe comunque violata dal mutamento del rappresentante legale della società di capitali – amministratrice della società personale: la fiducia è stata accordata dai soci a *quella* società di capitali, con la piena consapevolezza delle regole che ne governano il funzionamento. Sorprende, quindi, che un'autorevole dottrina consideri come «l'obiezione più seria» alla tesi della società di capitali amministratrice sia «quella secondo cui la scelta della persona fisica che dovrà materialmente gestire l'impresa societaria venga (n.d.r.) sottratta all'assemblea dei soci e rimessa alla discrezione della società, con cui il rapporto di amministrazione viene instaurato»⁹². Invero, il principio della riserva di competenza assembleare per la nomina e la revoca degli amministratori (valido al più, come già visto, solo nelle s.p.a.) non contrasta con il principio della rappresentanza organica: del resto, l'assemblea della s.p.a. può revocare, in qualunque tempo, l'amministratore – società, determinando di conseguenza «la cessazione delle funzioni amministrative esercitate dall'organo decisionale della persona giuridica designata quale amministratore e poi revocata»⁹³. Nelle società di persone, dove manca una riserva assoluta di competenza in capo a tutti i soci per la nomina degli amministratori, la revoca di questi ultimi presuppone pur sempre la sussistenza della giusta causa⁹⁴. E certo la giusta causa, che è stata individuata dalla giurisprudenza anche nel compimento di fatti idonei a minare il *pactum fiduciae* tra gli amministratori e la società⁹⁵, non può rinvenirsi in un semplice mutamento organizzativo interno alla società di capitali socia ed amministratrice della società di persone. La giusta causa di revoca deve pur sempre consistere in un comportamento concreto posto in essere dall'amministratore o in un impedimento oggettivo allo svolgimento delle funzioni gestorie⁹⁶, non bastando all'uopo un avvenimento esterno al rapporto società – amministratore. Dunque, se l'avvicendamento delle persone fisiche chiamate a gestire e a

⁹² V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1329.

⁹³ A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 347. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno se la revoca avviene senza giusta causa: art. 2383, 3° comma. Di questo parere, pur giungendo implicitamente a negare la configurabilità di una società di capitali amministratrice di una di persone, A. Lanza, *Una società di capitali amministratore di società in accomandita semplice*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, I, p. 267: «il potere di revocare la persona fisica organo della società amministratrice è assorbito dal potere di revocare la stessa società amministratrice».

⁹⁴ La quale si atteggia come condizione di efficacia della revoca, se gli amministratori sono stati nominati nel contratto sociale, o come semplice requisito per il risarcimento dei danni, in caso di nomina con atto separato (art. 2259).

⁹⁵ Cass., 21.11.1998, n. 11801, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2417.

⁹⁶ G. Grippo, *Le società di persone*, cit., p. 140; per una sintetica ricognizione giurisprudenziale delle fattispecie di giusta causa, v. F. Lombardo, *Commento all'art. 2259*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 44.

rappresentare la società di capitali – amministratrice della società di persone non costituisce una giusta causa di revoca della stessa società amministratrice, ciò si verifica perché tale mutamento non incide direttamente su quell'*intuitus personae* che caratterizza, in modo naturale (ma derogabile), i rapporti tra i soci di società personali e tra questi e gli amministratori.

Tutto ciò a patto – come vedremo meglio al Capitolo IV – che le sostituzioni delle persone fisiche concretamente preposte all'amministrazione vengano realizzate all'interno del contesto della rappresentanza organica (o al più, della rappresentanza commerciale), senza sconfinare in quello della rappresentanza volontaria, profilandosi sì, in quest'ultimo caso, la violazione di vari principi generali, tra cui quello della nomina degli amministratori da parte dei soci della società di persone (principio che, come già detto *supra*, può ben essere disatteso, ma sempre con una decisione unanime, “a monte”, dei soci).

Il principio dell'*intuitus personae*, dunque, non ostacola l'assunzione dell'amministrazione di una società di persone da parte di una società di capitali, allo stesso in modo in cui non ostacola – per espresso riconoscimento normativo – la partecipazione di una società di capitali come socia di una di persone.

2.5. Società di persone e responsabilità limitata

Il quarto argomento tradizionalmente usato contro l'ammissibilità della fattispecie in esame concerne il presunto contrasto tra, da un lato, la responsabilità limitata precipua dei soci della società di capitali chiamata ad amministrare la società di persone, e, dall'altro, la necessaria responsabilità illimitata dei soci amministratori di quest'ultima.

In merito all'analisi “rischi – benefici” che deriverebbero dalla gestione, ad opera dei soci di una società di capitali, di un'attività d'impresa sotto forma di società personale, si rinvia ai paragrafi 1 e 2 del Capitolo I.

In ordine all'attuale conservazione del binomio inscindibile potere di gestione – rischio illimitato nelle società di persone si dirà invece nel Capitolo III.

In questa sede s'intende preliminarmente affrontare il problema se, nel caso di una società di capitali che amministri una di persone, la responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte

verso i terzi ricada direttamente soltanto sulla società amministratrice o anche, solidalmente, sulle persone fisiche da quest'ultima preposte concretamente all'amministrazione⁹⁷.

Come già accennato in precedenza, infatti, il rischio di elusione della garanzia patrimoniale dei creditori sociali si profilerebbe, al più, soltanto accogliendosi la prima alternativa menzionata, in presenza di una società amministratrice sottocapitalizzata rispetto allo scopo.

Eppure, nonostante sia proprio questa la tesi preferibile perché maggiormente coerente con una corretta ricostruzione dei rapporti tra i soggetti coinvolti, essa *non* depone in senso contrario all'ammissibilità di una società di capitali – amministratrice di una società personale.

⁹⁷ Non vogliamo, invece, affrontare il tema della responsabilità penale delle persone fisiche concretamente preposte dalla società di capitali all'amministrazione della società di persone partecipata. L'antico brocardo *societas delinquere non potest* che, per lungo tempo, avrebbe potuto rappresentare un motivo di inammissibilità della fattispecie società amministratrice di altra società, profilandosi il rischio della mancanza di un soggetto penalmente imputabile, è stato fortemente ridimensionato dall'evoluzione dottrinale e normativa. In particolare, il D. lgs. 8.11.2001, n. 231, nel pieno rispetto dell'art. 27 della Costituzione, ha affiancato alla responsabilità penale della persona fisica autrice del reato, quella amministrativa dell'ente (sia esso una persona giuridica o una società o un'associazione anche se prive di personalità giuridica) nel cui interesse o vantaggio ha agito il soggetto «in posizione apicale» (rubrica dell'art. 6 del decreto), ossia colui che riveste «funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale» (art. 5 del decreto). Così per i reati societari di cui agli artt. 2621 ss., l'art. 25 *ter* D. lgs. n. 231/2001 prevede sanzioni pecuniarie per la società nel cui interesse sono stati compiuti i fatti illeciti. Più in particolare, ai sensi dell'art. 6 del D. lgs. n. 231/2001, la condotta illecita imputabile all'ente consiste nella mancata adozione di modelli di controllo idonei a prevenire la commissione di reati da parte degli organi sociali: tra i tanti contributi in merito alla responsabilità amministrativa degli enti, si veda, di recente, L. Benvenuto, *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato*, in *Società*, 2009, p. 673 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Quanto invece alla responsabilità penale per tali reati, essa è personale del soggetto, persona fisica, che, in virtù del rapporto organico, rappresentando la società, li ha commessi: P. Guerra, *op. cit.*, p. 700; Candian, *op. cit.*, p. 327; S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1176; A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 16; *contra*, in passato, C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 220, secondo cui i reati propri degli artt. 2621 ss. avrebbero potuto essere commessi solo dai soggetti che avessero rivestito tecnicamente la qualifica di amministratori, tali non essendo le persone fisiche legali rappresentanti della società di capitali amministratrice di altra società. È vero che tecnicamente, come meglio vedremo in questo paragrafo, le persone fisiche concretamente preposte dalla società di capitali ad amministrare la società di persone partecipata, non diventano amministratori di quest'ultima (tale essendo solo la società di capitali); è però altrettanto vero che, ai fini dell'imputazione della responsabilità penale, a differenza di quella civile, occorre l'individuazione di una persona fisica, la quale non potrà che essere quella che *materialmente* ha posto in essere l'atto di amministrazione (peraltro, il nuovo art. 2639, introdotto dal D. lgs. 11.4.2002, n. 61, estende la responsabilità penale per i reati societari a «chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione»). Parte della dottrina ritiene però che, malgrado il *nomen iuris*, la responsabilità degli enti definita «amministrativa» sia in realtà di natura penale: si veda, al riguardo, la sintesi, finalizzata ad individuare l'ambito spaziale di applicazione del D. Lgs. n. 231/2001, di M. Lo Gullo, *Responsabilità amministrativa di società ed altri enti dipendente da reato, ambito di applicazione nello spazio della potestà sanzionatoria dello Stato e libertà comunitarie*, in *Contr. Impr. Europa*, 2008, p. 854 ss.

È vero, innanzitutto, che devono tenersi distinti due rapporti tra loro non sovrapponibili: quello di amministrazione tra la società di capitali amministratrice e la società di persone amministrata e quello tra la persona fisica legale rappresentante della società di capitali e quest'ultima. Socia della società di persone amministrata è unicamente la società di capitali amministratrice che risponderà delle obbligazioni della prima con tutto il suo patrimonio, ai sensi degli artt. 2267, 2291 e 2313. La persona fisica preposta all'amministrazione della società di capitali (e, di conseguenza, anche della società di persone da questa amministrata) risponderà, nei confronti della società di capitali, secondo le regole in materia di azioni di responsabilità dell'ordinamento delle società di capitali ⁹⁸. Non si vede su quali basi giuridiche poggia la tesi opposta della responsabilità solidale, per le obbligazioni della società di persone amministrata, in capo alla società di capitali amministratrice e alla persona fisica concretamente preposta all'amministrazione ⁹⁹. E questo sia che si ritenga che la società

⁹⁸ Pienamente condivisibile la ricostruzione di V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1328: «La responsabilità per inadempimento degli obblighi di amministrazione, imputabile giuridicamente alla società amministratrice, esaurisce i propri effetti nell'ambito del patrimonio di questa, essendo solo lei il soggetto del rapporto di amministrazione con la società amministrata (...). La responsabilità della società amministratrice non concorre con quella della persona da lei designata per l'amministrazione dell'altra società». Nello stesso senso, F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 197; M. Frascati, *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 8/2007, p. 45; A. Mengali, *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 1/2007, p. 35; A. Audino, *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 422; G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 141, ove si perviene alla medesima conclusione ipotizzando però che le persone fisiche concretamente preposte all'amministrazione siano mandatarie delle persone giuridiche socie. Particolare la posizione di U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 200, che non esclude l'azione di responsabilità dei soci di una s.a.s. direttamente nei confronti del legale rappresentante della società di capitali amministratrice, se si voglia «ricostruire il rapporto tra amministratore di società di capitali e la società di capitali come rapporto dal quale sorgono anche obblighi di protezione (*Schutzwirkungen*) verso la società in accomandita semplice amministrata». Anche prima della riforma, uno degli argomenti che venivano utilizzati per negare la partecipazione di società di capitali a società di persone in qualità di socie illimitatamente responsabili consisteva proprio nel fatto che l'amministratore delle prime avrebbe potuto assumere obbligazioni in nome e per conto delle seconde senza risponderne personalmente, non essendone socio: R. Rordorf, *Partecipazione di società di capitali a società di persone*, in AA. VV., *I rapporti tra le società di capitali e le società di persone e la figura del socio unico azionista*, in *Società*, 1984, p. 281.

⁹⁹ Così orientati, invece, in riferimento alle società di capitali – amministratrici di altre società di capitali: A. Busani, *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, cit., p. 349; S. Rizzini Bisinelli – S. Lopatriello, *op. cit.*, p. 1176, secondo i quali «la totale esclusione delle persone fisiche da ogni responsabilità non appare essere ipotizzabile; infatti, in caso di azione di responsabilità promossa dalla società amministrata, gli amministratori della persona giuridica – amministratore sarebbero chiamati a rispondere del proprio operato, insieme con la persona giuridica». A favore di questa opinione avrebbe potuto deporre la «Proposta modificata di quinta direttiva concernente la struttura delle società per azioni nonché i poteri e gli obblighi dei suoi organi sociali»,

amministratrice gestisca la società di persone tramite il suo organo “istituzionale” legale rappresentante, poiché quest’ultimo sarebbe un mero strumento materiale per esprimere la volontà dell’ente gerente ¹⁰⁰, sia che si ritenga che la società di capitali possa designare un mandatario (diverso dal suo legale rappresentante) per amministrare la società di persone, giacché il mandatario «non assume su di sé una responsabilità illimitata per i debiti della società che in concreto amministra» ¹⁰¹. Più in generale, ciò avviene perché la responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni della società di persone è sancita soltanto in capo ai soci della stessa e pertanto, anche nominandosi un terzo istitutore, quest’ultimo non risponderebbe verso i creditori delle obbligazioni assunte in nome e per conto della società ¹⁰².

Né si potrebbe, al fine di asserire una responsabilità solidale, intravedere nella figura della persona fisica concretamente investita, dalla società di capitali, dell’amministrazione della società di persone, un amministratore di fatto di quest’ultima ¹⁰³. Invero, mancherebbe il

in *Foro it.*, 1987, IV, c. 279 ss. Ivi leggiamo, con riferimento al sistema dualistico, nell’art. 5, 2° comma: «Se le legislazioni degli Stati membri prevedono che possono essere membri dell’organo di vigilanza anche persone giuridiche o società, queste devono designare un rappresentante permanente il quale deve soddisfare alle condizioni e agli obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell’organo di vigilanza. Le persone giuridiche o società rispondono solidalmente e illimitatamente degli obblighi derivanti dalla responsabilità civile del loro rappresentante permanente» (c. 282); nonché, con riferimento al sistema monistico, nell’art. 21, 2° comma, «Se le legislazioni degli Stati membri prevedono che possono essere membri dell’organo di amministrazione anche persone giuridiche o società, queste devono designare un rappresentante permanente il quale deve soddisfare alle condizioni e agli obblighi che gli sarebbero imposti se fosse personalmente membro dell’organo di amministrazione. Le persone giuridiche o società rispondono solidalmente e illimitatamente degli obblighi derivanti dalla responsabilità civile del loro rappresentante permanente» (c. 288). Anche il disegno di legge di riforma delle società di persone, già citato, contemplava una responsabilità solidale della persona giuridica amministratrice e del rappresentante stabile da essa nominato (art. 2260, 2° comma: «Per tali obbligazioni risponde solidalmente con la persona giuridica amministratore il rappresentante da essa nominato ai sensi dell’art. 2257 secondo comma»).

¹⁰⁰ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 112: «Qui la volontà dell’ente è quella stessa delle persone fisiche, e non può esserne un’altra, autonomia, propria dell’ente».

¹⁰¹ G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 141.

¹⁰² Discorso diverso dovrebbe farsi, invece, per i soci non amministratori che agissero in forza di procura conferita dai soci amministratori, rientrando tale ipotesi nella previsione di cui all’art. 2267.

¹⁰³ Esclude l’ipotesi, ma senza approfondimenti, A. Mengali, *op. cit.*, p. 36, nota 19. *Contra*, O. Cagnasso, *Una s.r.l. come amministratore di altra s.r.l.?*, cit., p. 11, il quale, senza motivarne la scelta, propende per la responsabilità solidale della società amministratrice e dei suoi stessi amministratori, «desumibile o dalle stesse regole generali in materia di responsabilità, o dai principi in tema di amministratore di fatto, o ancora e soprattutto dalla disciplina dell’esercizio di potere di direzione e coordinamento»; così anche P.M. Sanfilippo, *op. cit.*, p. 665, secondo il quale la «ormai acquisita figura dell’amministratore di fatto (...) consentirebbe di esperire contro gli stessi rappresentanti della persona giuridica non solo la tutela penale, ma anche quella civile».

presupposto per rinvenire la fattispecie, di origine dottrinale e giurisprudenziale ¹⁰⁴, dell'amministratore di fatto: non si può certo sostenere che la persona fisica amministri la società di persone senza titolo o con titolo invalido, visto che essa trova la legittimazione della sua nomina nel medesimo ruolo che riveste nell'organico della società di capitali amministratrice. Essa amministra la società di persone non in via di fatto, per un'iniziativa personale di ingerenza nell'attività dell'impresa sociale, bensì perché, essendo essa amministratrice e legale rappresentante della società di capitali socia della società di persone, deve esprimere all'esterno la volontà di quella stessa società di capitali, compiendo tutte le «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-bis), rientrando *ex lege* nell'oggetto sociale - e, più in generale, nei poteri di rappresentanza *ex art. 2384* - l'attività di amministrazione della società di persone partecipata.

Condivisibile, invece, l'osservazione secondo la quale, in presenza di un gruppo di società, in cui una società di capitali eserciti attività di direzione e coordinamento di una società di persone, si potrebbe applicare agli amministratori della *holding* la responsabilità solidale per aver «preso parte al fatto lesivo» o averne «consapevolmente tratto beneficio» (art. 2497, 2° comma) ¹⁰⁵. Ciononostante, appare tutt'altro che agevole l'individuazione di una simile responsabilità, per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, come si è già accennato ¹⁰⁶, è controverso il riscontro del presupposto di applicabilità dell'art. 2497 quando il soggetto che subisce l'attività di direzione e coordinamento sia una società di persone. Se non si riconoscesse la riferibilità a queste ultime dei concetti di controllo di cui all'art. 2359 ¹⁰⁷, l'applicabilità del medesimo articolo sarebbe subordinata alla verifica della sussistenza delle condizioni previste per il consolidamento del bilancio e/o all'accoglimento della teoria dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento come *fatto*, prescindendosi da ogni rapporto contrattuale tra la *holding* e la società dominata ¹⁰⁸. In ogni caso, anche aderendo alla

¹⁰⁴ Non è possibile, in questa sede, un'elencazione completa degli Autori e delle pronunce giurisprudenziali che si sono occupati del problema; pare utile rinviare, per un'impostazione generale del problema, a F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 325, nonché, per un sintetico *excursus* delle tesi che si sono succedute, a T. Tomasi, *Commento all'art. 2392*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, p. 663.

¹⁰⁵ O. Cagnasso, *Una s.r.l. come amministratore di altra s.r.l.?*, cit., p. 11.

¹⁰⁶ V. il Par. 1 del Capitolo I ed, in particolare, la nota 24.

¹⁰⁷ Sul punto, non si può che richiamare la disputa riassunta nella nota 24.

¹⁰⁸ Così P. Dal Soglio, *Commento all'art. 2497*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, p. 1338: «il controllo – inteso come potenziale influenza dominante – può anche mancare; è richiesto invece l'accentramento, presso gli organi gestori della società controllante o delle *holding* intermedie, di funzioni amministrative inerenti alle diverse entità aggregate, in modo da creare una struttura organizzativa intesa ad assicurare l'unità degli indirizzi gestionali».

tesi dell'applicabilità della responsabilità da attività di "eterogestione" in presenza di società di persone dominate, viene in considerazione un secondo ordine di motivi per cui le caratteristiche peculiari di tale responsabilità impediscono di elevare l'istituto a rimedio generale in presenza di una società di capitali socia ed amministratrice di una società personale. *In primis*, la responsabilità da "eterogestione" si ricollega alle modalità di svolgimento di un'intera attività e non già ad un singolo, isolato evento dannoso, come è dimostrato dal fatto che il danno risulta mancante se compensato dai vantaggi del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento. In secondo luogo, per quanto concerne i soci danneggiati, risulta piuttosto difficile quantificare «il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale» (art. 2497, 1° comma) in una società di persone, visto che il valore stesso di tale partecipazione è legato a «circostanze assolutamente contingenti ed anche occasionali»¹⁰⁹ che, potendo attivare la responsabilità personale illimitata per i debiti sociali, finiscono per incidere su di esso in modo non preventivabile. Anche per quanto riguarda i creditori della società di persone, occorrono il previo accertamento della «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» (art. 2497, 1° comma) e, aspetto ancor più rilevante ai nostri fini, la preventiva escussione del patrimonio della società di persone dominata¹¹⁰: nel nostro caso, è evidente come la società di capitali *holding* sia già responsabile illimitatamente, in qualità di socia della società di persone partecipata, per le obbligazioni assunte in nome e per conto di quest'ultima, per cui è condivisibile l'affermazione che la responsabilità della medesima società di capitali «appare piuttosto sfumata»¹¹¹. È vero, infine, che, ai sensi del 2° comma dell'art. 2497, potrebbero

¹⁰⁹ F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 166. Del resto, anche la determinazione del danno riflesso per i soci di società di capitali è tutt'altro che agevole: si è pensato, al riguardo, all'impossibilità per il socio di trarre dalla partecipazione «la remunerazione che gli è propria» (G. Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 253). In ogni caso, la quantificazione del risarcimento è complicata dal fatto che la lesione alla redditività va intesa come *demenutio* della potenzialità e non della semplice qualità attuale della partecipazione, essendo utile, allo scopo, il richiamo alle «prospettive reddituali» che incidono sulla valutazione della quota del socio recedente (art. 2437-ter).

¹¹⁰ Che la responsabilità della società capogruppo abbia carattere sussidiario è sancito dall'art. 2497, 3° comma: «Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento». Dubbio, invece, se la preventiva escussione del patrimonio della società dominata rappresenti una vera e propria condizione dell'azione per i creditori: in senso positivo, G. Guizzi, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, cit., p. 254; *contra*, M. Maggiolo, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 576; F. Pasquariello, *Commento all'art. 2497*, in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, Torino, 2009, II, p. 1167.

¹¹¹ F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 167.

essere colpiti da responsabilità solidale le persone fisiche amministratrici della società di capitali *holding* che abbiano concorso al fatto lesivo, e addirittura gli stessi soci di quest'ultima, nei limiti dei vantaggi conseguiti, che abbiano approfittato delle operazioni infragruppo per trarne consapevolmente un beneficio; è altresì vero, tuttavia, che non si tratta di una responsabilità "automatica" derivante dallo *status* rivestito all'interno della *holding*¹¹², bensì di una responsabilità che deve essere provata sulla base di fatti concreti, quali, ad esempio, le direttive pregiudizievoli impartite dagli amministratori della capogruppo o il trasferimento di ricchezze dal patrimonio della società dominata a favore dei soci di comando della *holding*¹¹³. Per tutti questi motivi, appare decisamente opinabile trarre dalla disciplina dei gruppi di società di cui agli artt. 2497 e seguenti, il principio generale della responsabilità solidale, per le obbligazioni assunte in nome e per conto della società di persone, in capo alla società di capitali amministratrice della società di persone e alle persone fisiche legali rappresentanti della prima.

Nonostante, come appena visto, sia decisamente preferibile la tesi che limita la responsabilità, per le obbligazioni assunte dalla società di persone, al patrimonio della società di capitali socia ed amministratrice, ciò non rappresenta un motivo di inammissibilità della fattispecie in oggetto.

Innanzitutto, perché paventare il rischio di una società di capitali con un patrimonio "inadeguato" ad amministrare una di persone implica pur sempre una valutazione di merito, agevolmente confutabile con argomentazioni di valore uguale e contrario¹¹⁴.

Ma soprattutto, non si condivide l'affermazione secondo la quale l'attribuzione della carica di amministratore di una società di persone ad una di capitali romperebbe «quell'immedesimazione fra potere di gestione e qualità di socio illimitatamente responsabile su cui si è finora fondato il sistema vigente»¹¹⁵. In realtà, se così fosse, quella stessa immedesimazione sarebbe svanita, prima ancora che per causa dell'ammissibilità di una società di capitali – amministratrice di una di persone, per effetto dell'esplicito

¹¹² F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 326: «alla presunzione di direzione unitaria del gruppo non è lecito aggiungere una seconda, arbitraria, presunzione: quella secondo la quale gli amministratori della *holding*, per il solo fatto di essere tali, si dovrebbero presumere artefici di qualsiasi operazione posta in essere dalla controllata».

¹¹³ P. Dal Soglio, *Commento all'art. 2497*, cit., p. 1141. È vero, dunque, che la prova richiesta può essere «un'ardua prova» (F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 327).

¹¹⁴ Si rinvia al Capitolo I circa le osservazioni di merito sulla sufficienza del patrimonio di una persona fisica o giuridica che sia.

¹¹⁵ G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 141. Sulla permanenza del citato binomio si dirà più diffusamente al Capitolo III.

riconoscimento normativo dell'assunzione di partecipazioni, da parte di società a responsabilità limitata (in senso lato), a imprese comportanti responsabilità illimitata (art. 2361) ¹¹⁶. Nell'introdurre tale novità, il Legislatore non avrebbe potuto sensatamente escludere che una società di capitali socia di una di persone potesse incorrere nella responsabilità illimitata di cui all'art. 2267: il contrasto tra la responsabilità illimitata propria dei soci di società personali e la responsabilità limitata caratteristica dei soci delle società di capitali – se di contrasto si vuole ancora parlare – è *in re ipsa* nell'assunzione della partecipazione di cui all'art. 2361. E di questa dicotomia si è avveduto il Legislatore, richiedendo la delibera autorizzatoria dell'assemblea, con la quale la compagine sociale (almeno quella di maggioranza) si dichiara edotta ed accetta il rischio che le obbligazioni della società di persone partecipata comportino gravi conseguenze sul patrimonio della loro stessa società, fino al punto dell'eventuale fallimento di quest'ultima (in estensione al fallimento della società di persone partecipata che eserciti attività commerciale) ¹¹⁷. Ma nulla più. I soci della società di capitali non diventano soci della società di persone, così come l'organo amministrativo della società di capitali non diventa, tecnicamente, l'amministratore della società di persone partecipata e quindi non assume responsabilità personale illimitata per le obbligazioni sociali di questa. È proprio per questo che non si verifica la rottura del

¹¹⁶ E infatti l'argomento del differente regime di responsabilità nelle società personali e in quelle di capitali era stato già utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità per negare l'ammissibilità della partecipazione delle seconde nelle prime in qualità di soci illimitatamente responsabili: Cass., 28.1.1985, n. 4577, in *Foro it.*, 1977, I, 369; Cass., 11.1.1962, n. 21, in *Giust. civ.*, 1962, I, 239; Cass., 3.4.1959, n. 993, in *Dir. fall.*, 1959, II, 393. Peraltro, anche l'assunzione, da parte della società di capitali, di una partecipazione "istituzionalmente" a responsabilità limitata, come quella dell'accomandante di una s.a.s., potrebbe eludere l'affidamento dei terzi, ad esempio nel caso di violazione del divieto d'immistione: se tutto il patrimonio della società di capitali fosse investito nella quota dell'accomandita, non avrebbe pregio l'estensione sanzionatoria della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2320. La dottrina, tuttavia, ha obiettato che, da un lato, permanerebbe comunque l'altra eventuale sanzione dell'esclusione dell'accomandante (P. Montalenti, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 258), dall'altro, l'incapienza patrimoniale dell'accomandante non presenterebbe sostanziali differenze a seconda che si tratti di persona fisica o giuridica (A. Morini, *op. cit.*, p. 192, il quale anzi ravvisa maggiori garanzie in questo secondo caso, poiché «i vincoli gestori che gravano sulle società di capitali dovrebbero impedire atti di spogliazione preordinata del patrimonio; atti che invece, spesso, caratterizzano le fasi immediatamente precedenti l'insolvenza dell'imprenditore individuale»).

¹¹⁷ Ravvisa tale *ratio* anche A. Morini, *op. cit.*, p. 329. Sul punto A. Audino, *Commento all'art. 2361*, cit., p. 414, precisa che per i soci della società partecipante non si verifica direttamente una modificazione delle condizioni di rischio connesse alla loro responsabilità, dato che delle obbligazioni della società partecipata risponderà soltanto la società partecipante con il suo patrimonio, al pari di qualsiasi altra obbligazione sociale. Cfr. V. Donativi, *Commento all'art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino, 2003, p. 220. Anche in passato si affermava che le persone fisiche socie della società di capitali partecipante non rispondessero affatto per le obbligazioni della s.n.c. partecipata: F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 64.

binomio potere di gestione – responsabilità illimitata: non sono i soci della società di capitali ad esercitare attività d'impresa in forma di società di persone, come sostenuto dalla tesi contraria, ma è la stessa società di capitali che rischia tutto “il proprio”, con effetti indiretti sul valore della partecipazione dei suoi soci (i quali, per questo motivo, devono dare l'autorizzazione *ex art. 2361*)¹¹⁸. Diversamente ragionando, ossia ritenendo che gli amministratori della società di capitali, in quanto divenuti amministratori della società di persone, acquistino una responsabilità diretta per le obbligazioni assunte dalla società di persone amministrata, bisognerebbe anche ammettere che i soci della società di capitali diventino soci della società di persone: ma questo evidentemente non è, perché la quota di partecipazione nella società personale è acquistata unicamente dalla società di capitali¹¹⁹. Il binomio potere di gestione – responsabilità illimitata nelle società di persone non è sciolto dalla partecipazione di una società di capitali ad una di persone, né dall'amministrazione della seconda ad opera della prima, semplicemente perché la responsabilità illimitata propria dei soci della società personale partecipata non contrasta con la responsabilità limitata dei soci della società di capitali partecipante. Socia ed amministratrice della società di persone, dunque, resta la società di capitali partecipante: essa risponderà illimitatamente, con tutto il suo patrimonio, delle obbligazioni assunte in nome e per conto della società di persone, mentre i soci della società di capitali non acquisteranno direttamente alcuna responsabilità per tale gestione¹²⁰. Certo, potrà accadere, come avremo modo di precisare in seguito, che i soci

¹¹⁸ Peraltro, non vi è nulla di male a cumulare i vantaggi della responsabilità limitata tipica delle società capitalistiche e quelli della gestione personale e diretta dell'impresa, tipici delle società personali: è lo stesso art. 2475 a consentire ai soci di s.r.l. di adottare l'amministrazione disgiuntiva come avviene nelle società di persone.

¹¹⁹ Non serve, al riguardo, risolvere il dubbio «se la persona giuridica debba essere considerata come un soggetto assolutamente autonomo dell'ordinamento (teoria della realtà) oppure se in essa prevalga la natura di strumento a disposizione degli uomini, unici soggetti reali del diritto e destinatari di norme giuridiche (teoria finzionistica)» (M. Tessera Chiesa, *La partecipazione delle società di capitali alle società di persone e la nullità del contratto sociale in Italia e in Germania*, in *Giur. it.*, 1998, II, p. 1087). Qualunque sia la tesi che si voglia privilegiare, non si vede come un socio della società di capitali partecipante possa acquistare automaticamente anche lo *status* di socio della società di persone partecipata. Si tratta soltanto di una partecipazione “mediata” delle persone fisiche, socie della società di capitali, alla società di persone: prova ne è che alcuni ordinamenti stranieri (come quello francese e tedesco) si sono preoccupati di sancire, anche in capo a quelle persone fisiche, una responsabilità per le obbligazioni della società personale, responsabilità che, altrimenti, non potrebbe discendere dall'applicazione dei principi giuridici generali. V., ad esempio, con riguardo all'ordinamento tedesco, R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 427.

¹²⁰ Significativo che lo stesso M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1089, che prima della riforma negava la partecipazione di società di capitali a società di persone in qualità di socie illimitatamente responsabili, avesse ben presente la possibilità che la società di capitali, partecipando come accomandante in una

della s.r.l. amministratrice della società di persone si trovino a poter compiere, anche *uti singuli*, atti di gestione della società di persone, ma ciò avviene non perché essi siano diventati soci di quest'ultima, ma perché troveranno applicazione le norme organizzative proprie della s.r.l. amministratrice. Ulteriore conferma della validità di simile ricostruzione si trae ponendosi nella prospettiva simmetrica: il legislatore ha ammesso la partecipazione di una società di capitali ad una di persone, non recependo la critica mossa in passato da chi sosteneva che, così facendo, un altro socio amministratore della società di persone avrebbe potuto «liberamente impegnare tutto il patrimonio della persona giuridica, senza essere stato scelto e senza poter essere revocato da questa»¹²¹. In realtà, questa appena descritta è una normale conseguenza dell'applicazione congiunta, voluta dal legislatore e pertanto non revocabile in dubbio, di due discipline normative differenti per la società di capitali partecipante e la società di persone partecipata, senza che da ciò discenda una confusione dello *status socii* dei soggetti ad esse appartenenti.

Posto dunque che non è possibile ravvisare alcuna deviazione rispetto al modello della responsabilità illimitata degli amministratori di società personali, anche questo argomento non rileva per escludere l'ammissibilità della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone¹²².

s.a.s., violando il divieto d'immistione di cui all'art. 2320, potesse fallire e i suoi amministratori potessero essere condannati al risarcimento dei danni per «una grave violazione dei loro doveri *nei confronti della s.r.l.*» (corsivo nostro). L'Autore, cioè, ravvisava opportunamente una responsabilità degli amministratori della società di capitali partecipante non verso la società di persone partecipata (nei confronti della quale unica responsabile rimaneva la prima), ma solo verso la loro stessa società di capitali. Ciò peraltro non significa negare che anche nelle società di persone, i singoli soci o i terzi che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori possano agire individualmente per il risarcimento dei danni, in applicazione analogica dell'art. 2395 (Cass., 13.12.1995, n. 12772, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, c. 2018; Cass., 25.7.2007, n. 16416, in *Società*, 2009, p. 607 ss., con nota adesiva di E.L. Ntук, *L'azione individuale di responsabilità nelle società di persone*; T. Milano, 15.5.1980, in *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 89 ss., con nota contraria di G. Di Chio, *L'azione sociale di responsabilità nelle società personali: legittimazione del singolo socio ad esperirla?*), ma, più semplicemente, tale azione potrà essere esercitata contro la (o meglio, il patrimonio della) società amministratrice e non anche direttamente contro la persona fisica concretamente preposta all'amministrazione. Né varrebbe, al riguardo, sostenere che l'art. 2395 abbia proprio lo scopo di evitare che gli amministratori, che concretamente abbiano agito, possano trincerarsi dietro il rapporto organico con la società al fine di sottrarsi al risarcimento dei danni: nessun legame organico può rinvenirsi tra la società di persone e l'individuo "*instrumentum*" della persona giuridica amministratrice.

¹²¹ M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1089, il quale aggiunge che per i soci della società di capitali partecipante «il fatto che i beni sociali vengano messi a disposizione di un estraneo irrevocabile rappresenta certamente un pericolo e una distorsione».

¹²² Non ravvisandosi una rottura del tradizionale binomio rischio imprenditoriale – potere di gestione, non condividiamo l'auspicio di G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 141, di «imporre l'obbligo, alla società di capitali partecipante, di indicare un suo rappresentante stabile e nel

2.6. Il divieto di rappresentanza nel consiglio di amministrazione (delle società di capitali): argomento inconferente (nelle società di persone)?

Una recente dottrina¹²³ ha creduto di poter trarre dal divieto *ex art.* 2388, 3° comma («Il voto non può essere dato per rappresentanza»), un argomento contrario alla configurabilità dell'amministratore – persona giuridica, almeno nel contesto delle società di capitali¹²⁴.

La stessa dottrina, tuttavia, considerando l'evoluzione normativa in materia di partecipazione degli enti alle società di persone (art. 2361, 2° comma), nonché il notevole ampliamento dell'autonomia statutaria lasciata a queste ultime, è costretta ad ammettere che «la conclusione potrebbe essere, in principio, diversa (ma da coordinarsi con gli interrogativi, tuttora vitali, sulla nomina di amministratori non soci nelle società di persone)»¹²⁵.

In effetti, per poter desumere dal divieto del voto per rappresentanza nel consiglio di amministrazione di s.p.a. un elemento contrario al tema della nostra ricerca, occorre dapprima specificare la *ratio* dello stesso, e quindi la sua applicabilità all'universo delle società personali.

Secondo la dottrina prevalente, il divieto sarebbe finalizzato ad «evitare la concentrazione di potere gestionale in capo ad alcuni amministratori soltanto o, addirittura, la delega della

contempo rendere quest'ultimo corresponsabile, insieme con chi lo abbia prescelto, dei danni causati alla società con una negligente gestione (art. 2260 cod. civ.)». Una simile clausola di salvaguardia, per quanto utile a rafforzare la garanzia patrimoniale verso i creditori sociali e i soci stessi della società di persone, non si giustifica perché finisce per addossare una responsabilità alle persone fisiche legali rappresentanti della società di capitali, per atti di amministrazione soltanto materialmente da loro posti in essere, ma giuridicamente riferibili esclusivamente alla società di capitali amministratrice.

¹²³ P. Spada, *Diritto commerciale II. Elementi*, Padova, 2009, p. 34. Secondo l'Autore, la norma *de qua* «depone nel senso che la scelta degli amministratori (delle loro persone) è riservata alla compagine sociale (laddove se amministratore fosse un ente, la selezione della persona dipenderebbe dal reclutamento dei funzionari di questo – non governabile dai soci della società amministrata)»: ne discenderebbe che la preposizione alla carica amministrativa nelle s.p.a. sia limitata alle persone fisiche.

¹²⁴ Benché il divieto in questione sia espressamente previsto soltanto nell'ambito della disciplina delle s.p.a., la migliore dottrina è propensa ad estenderlo alla s.r.l. ogniqualvolta questa abbia scelto di costituire un consiglio di amministrazione, destinato ad operare collegialmente secondo regole analoghe a quelle dettate per l'omologo organo delle s.p.a.: O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, V, 1, Padova, 2007, pp. 222 ss.; F. Olivero, *Gli amministratori di s.r.l.*, Torino, 2005, pp. 82 ss.; F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 865. Nello stesso senso, cfr. C. Caccavale, *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di Caccavale, Magliulo, Maltoni, Tassinari, Milano, 2003, p. 475, a mente del quale «anche nella s.r.l. sovviene quel carattere prettamente fiduciario dell'incarico amministrativo che sottende il divieto stesso (del quale, pertanto, proprio perché manca una sua previsione perentoria, può anche ipotizzarsi la derogabilità da parte dell'atto costitutivo)».

¹²⁵ P. Spada, *op. ult. cit.*, p. 35.

gestione a terzi»¹²⁶, allontanando così anche il pericolo di esautorare l'assemblea dal potere di scegliere le persone cui affidare la gestione della società.

Ora, il sistema amministrativo proprio delle società di persone è radicalmente diverso, nella sua configurazione legale, da quello delle s.p.a.

In mancanza di diversa pattuizione, l'amministrazione spetta a ciascun socio disgiuntamente dagli altri (art. 2257), essendo il metodo collegiale ben lontano da questi tipi sociali.

Ciononostante, si è opportunamente osservato come l'inciso iniziale dell'art. 2257 («salvo diversa pattuizione») consenta allo statuto della società personale di «importare» il sistema di organizzazione gestoria tipico delle società per azioni, ossia prevedere la nomina di un consiglio di amministrazione¹²⁷. Benché la Cassazione¹²⁸ abbia affermato che, se previsto il sistema di amministrazione congiuntivo, le decisioni debbano essere assunte all'unanimità, non applicandosi il principio maggioritario indicato dall'art. 2388 per le s.p.a., nulla esclude che i soci possano prevedere espressamente l'operatività del metodo collegiale. E, in tale eventualità, non pare vi siano ragioni per escludere, astrattamente, l'applicabilità del divieto di cui al 3° comma dell'art. 2388.

Diventa a questo punto essenziale verificare se la *ratio* del divieto ricorra anche nelle società di persone.

Se si ritenga – come già detto *supra* - che lo scopo della norma sia quello di mantenere in capo ai soci il potere di scegliere *direttamente* gli amministratori della società, ebbene si potrebbe dubitare della sua applicabilità alle società di persone, considerato che in queste ultime non vige una riserva assoluta di competenza nella nomina degli amministratori (in merito a questa affermazione si rinvia al par. 2.3).

Tuttavia, potrebbe ipotizzarsi l'applicabilità del divieto del voto per rappresentanza da parte degli amministratori di società di persone, sulla base di altre motivazioni, precipue soltanto di

¹²⁶ G. Guerrieri, *Commento all'art. 2388*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, p. 621.

¹²⁷ Trib. Napoli, 7.10.1986, in *Società*, 1987, p. 389, con nota di A. Morano, *Il consiglio di amministrazione nelle società di persone*; O. Cagnasso, *Le modalità delle decisioni dei soci e degli amministratori di società di persone: una rivisitazione alla luce della disciplina delle s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2010, p. 475. Sulla compatibilità delle società personali con i sistemi di *governance* propri di quelle capitalistiche, v. A. Monteverde, *Una nuova governance anche per le società di persone*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 484 ss. La scelta, da parte di una società personale, di dotarsi di una struttura corporativa e segnatamente di un organo amministrativo collegiale, potrebbe risultare proficua in un contesto in cui vi sia un elevato numero di amministratori e in cui sia il sistema disgiuntivo sia quello congiuntivo apparirebbero inefficienti: L. Pisani, *op. ult. cit.*, pp. 24 ss., e v. anche il paragrafo seguente.

¹²⁸ Cass., 19.1.1985, n. 142, in *Dir. fall.*, 1985, II, p. 407: se l'amministrazione è affidata genericamente ad un «consiglio di amministrazione», è configurabile soltanto l'ipotesi dell'amministrazione congiuntiva.

questi tipi societari: la personalità della prestazione nell'incarico amministrativo e l'impossibilità di attribuire il potere gestorio ad un soggetto non socio.

Lasciando da parte l'argomento dell'*intuitus personae* nella funzione amministrativa (per la cui confutazione vedasi il par. 2.4), occorre concentrarsi sull'altro motivo, ossia l'inammissibilità, nelle società personali, dell'amministratore estraneo.

Se si accogliesse questo principio tralatizio, il divieto dell'art. 2388, 3° comma, potrebbe ritenersi vigente nel caso di nomina di un consiglio di amministrazione in una società personale: esso impedirebbe, cioè, la delega del voto da parte di un socio amministratore ad un terzo estraneo.

Sarebbe però necessario, da un lato, circoscrivere il divieto di delega dell'esercizio del voto ai soli casi in cui il rappresentante fosse un soggetto estraneo alla compagine sociale ¹²⁹, e dall'altro, chiarire cosa si intenda con l'espressione «voto per rappresentanza».

A quest'ultimo riguardo, infatti, siamo fermamente convinti che il divieto si riferisca soltanto alla rappresentanza negoziale volontaria e giammai alla rappresentanza organica, con la quale l'ente (amministratore) esprime la sua volontà. Come si è già detto in precedenza (v. il par. 2.4), l'elusione di principi fondamentali, quali possono essere la riserva di competenza assembleare nella nomina degli amministratori (nelle s.p.a.) o l'attribuzione dei poteri gestori esclusivamente ai soci (nelle società personali), viene in considerazione soltanto quando si travalichi il meccanismo "istituzionale" previsto dalla legge con il quale l'ente si manifesta all'esterno: e ciò può avvenire soltanto con un atto negoziale, *id est* la procura o "delega" che dir si voglia.

Per questo, non condividiamo affatto il tentativo di estrapolare dall'art. 2388, 3° comma, un argomento contrario all'ammissibilità dell'amministratore – persona giuridica ¹³⁰; piuttosto, se si ritenga ancora valido, nelle società di persone, il principio dell'affidamento dell'amministrazione soltanto ai soci (sul tema, si rinvia al Cap. III), il divieto in questione

¹²⁹ Sarebbe difficile ravvisare, nelle società personali, la *ratio* del divieto nella necessità di evitare la concentrazione del potere in capo ad alcuni soci amministratori, considerato che i soci possono ben rinunciare al potere di gestione a favore di altri soci (ma - in base a quanto si sostiene nel testo - non a favore di terzi): v. il par. 2.3 ed in particolare la nota 78.

¹³⁰ E questo anche per quanto concerne la diversa (ma parallela) problematica delle società di capitali amministrate da altre società di capitali: non riteniamo, contrariamente a quanto sostenuto da P. Spada (v. nota 123), che la scelta, ad opera della persona giuridica amministratrice, del funzionario che concretamente gestirà la società (di persone o di capitali) amministrata, sottragga la relativa competenza alla compagine sociale. Nel senso che il divieto in oggetto non riguardi anche il rapporto di rappresentanza organica, v. M. Stella Richter jr., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, p. 293; conf. l'orientamento dell'8 novembre 2010 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, cit.

potrebbe essere considerato come un ulteriore indizio a favore di quel medesimo principio, tale da impedire ad una persona giuridica, nominata amministratrice di una società personale, di conferire il mandato ad amministrare ad un terzo estraneo (se non nei limiti che approfondiremo nel Cap. IV), dovendo essa avvalersi *necessariamente* del proprio rappresentante legale *pro tempore* o comunque di un soggetto appartenente alla propria organizzazione e ad essa legato da un rapporto di rappresentanza commerciale.

2.7. (In)compatibilità tra modelli societari

Merita un'attenzione particolare un'ultima considerazione che, specie nella vigenza della disciplina societaria precedente alla riforma, era diretta a negare l'ammissibilità di una persona giuridica – amministratrice di una società per azioni: trattasi delle difficoltà di inserire nella struttura organizzativa della società amministrata, l'ordinamento di un'altra società ¹³¹.

Ci occupiamo qui delle possibili contraddizioni che deriverebbero dall'amministrazione di una società di persone ad opera di una di capitali.

Per affrontare correttamente la questione, occorre innanzitutto distinguere due tematiche: l'una, già evidenziata dal Ferri ¹³², concernente il profilo della certezza dei traffici giuridici, l'altra relativa ai punti di "attrito" tra le discipline dell'amministrazione della società di persone partecipata e il sistema di *governance* della società di capitali partecipante ed amministratrice della prima.

In ordine alla prima tematica, si è prospettato il rischio di un eccessivo disorientamento e di una scarsa tutela del terzo contraente con la società di persone amministrata, giacchè il terzo dovrebbe ogni volta verificare che la persona fisica con cui concretamente viene concluso il

¹³¹ G. Ferri, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Torino, 1987, p. 678: «Ora non è concepibile, in mancanza di una norma espressa che lo consenta, che nei rapporti esterni il terzo si debba preoccupare di accertare se la persona fisica che contratta con lui è organo della persona giuridica – amministratore. Sarebbe una complicazione enorme, che anche quegli ordinamenti, che come quello francese hanno risolto positivamente il problema, hanno ritenuto di dover evitare». Dopo la riforma, sulla stessa linea di Ferri si schiera V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1328, a mente del quale «il nuovo ordinamento (...) conferma la rigidità organizzativa della società per azioni», mentre per le s.r.l. «la nuova legge riconosce ai soci ampia autonomia organizzativa, ma ciò nonostante (...) rimane pur sempre valido l'argomento basato sulla difficoltà di adattare alla società amministratrice di un'altra le regole della legge sui requisiti, ovviamente inderogabili, che l'amministratore della società a r.l., (...) devono possedere». In realtà, sulla possibilità di riferire i requisiti legali degli amministratori alle persone fisiche, organi della persona giuridica amministratrice, concretamente investite delle funzioni gestorie, si rinvia al paragrafo 1.

¹³² Si veda la nota precedente.

negozio giuridico sia organo dotato del potere rappresentativo della società di capitali sia ed amministratrice della società di persone.

Tale obiezione, tuttavia, non sembra peculiare del fenomeno di una società amministrata da altra società, ma sembra piuttosto riferibile genericamente a qualsiasi attività negoziale compiuta da una persona giuridica (nel caso di specie, società di capitali). Nonostante la riforma del 2003 abbia perseguito l'obiettivo di incrementare la certezza dei traffici e degli scambi commerciali, ribadendo il carattere generale del potere di rappresentanza e rendendo inopponibili ai terzi le limitazioni (statutarie) al medesimo, salva l'*exceptio doli*, il sistema non si spinge oltre la tutela dell'apparenza. L'inopponibilità di cui parla l'art. 2384, 2° comma, infatti, concerne solo le limitazioni all'esercizio del potere di rappresentanza, ma non la carenza assoluta di titolarità del potere¹³³, che si verifica, innanzitutto, quando lo statuto attribuisca lo stesso potere ad un amministratore diverso da quello che negozia con il terzo. Ebbene, in tale ipotesi, una volta adempiuta la pubblicità prescritta dall'art. 2383, 4° comma (se trattasi di una s.p.a.), il terzo che, negligenzemente, non verifichi tale assetto di poteri non potrà avvalersi di alcuna tutela della propria posizione giuridica, «non essendo invocabile il principio dell'apparenza del diritto nei casi in cui la legge prescrive specifici mezzi di pubblicità per accertarsi della consistenza dell'altrui potere»¹³⁴. Così è, all'evidenza, anche

¹³³ Cass., 20.8.2004, n. 16376, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce "Società", n. 974. F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 476, utilizzano questa distinzione anche per negare che le modalità statutarie di esercizio del potere di rappresentanza rientrino, *tout court*, nelle limitazioni di cui all'art. 2384, 2° comma. Resta però controverso se la clausola che prevede la rappresentanza congiunta sia una modalità di esercizio del potere rappresentativo (F. Corsi, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, p. 77; V. Calandra Buonauro, *Potere di gestione e potere di rappresentanza*, cit., p. 149 ss.; L. Restaino, *Commento all'art. 2384*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli – Santoro, I, Torino, 2003, p. 426) o, al contrario, sia una vera e propria limitazione statutaria (F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, Milano, 2004, p. 78; G.D. Mosco, *Commento all'art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, II, Napoli, 2004, p. 611; M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società, Trattato dir. com. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Torino, 2002, p. 180 ss.; M. Montanari, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 18 ss.). Per una rassegna di giurisprudenza, sul punto, v. V. Calandra Buonauro e A.L. Bonafini, *Società per azioni: amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 40 s.

¹³⁴ Trib. Pavia, 11.7.1988, in *Società*, 1988, p. 1061. Cfr. N. Salomone, *I poteri di rappresentanza*, in *La riforma delle società*, a cura di G. Grippo, Roma, 2004, p. 93, secondo il quale l'impegno del terzo deve limitarsi «ad accertare che, chi negozia come rappresentante di una società di capitali, rivesta effettivamente la carica di amministratore con rappresentanza», essendo obbligo dell'amministratore, nel rappresentare la società contraente, «fornire al terzo – se richiesto – la prova documentale (certificato dell'ufficio del registro delle imprese, ovvero copia del verbale di nomina con relativi poteri conferiti) da cui risulti chiaramente la sua qualifica di amministratore e la attribuzione della rappresentanza». Vedi anche P. Morandi, *Commento all'art. 2384*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, p. 608: «coloro con i quali la società, agendo tramite gli amministratori muniti di rappresentanza, entra in rapporto d'affari possono sapere quali sono gli

nell'ipotesi in cui l'atto posto in essere dall'organo della persona giuridica – amministratrice vincoli direttamente la società di persone amministrata: il terzo dovrà accertare, *in primis*, che la persona giuridica amministratrice sia (oltre che socia) dotata del potere di rappresentanza della società di persone (ossia che il contratto sociale non attribuisca, *ex art.* 2366, il potere di rappresentanza solo ad altri amministratori ¹³⁵) e, quindi, che la persona fisica con cui concretamente egli negozia sia organo e legale rappresentante della persona giuridica stessa o comunque a questa legata da un rapporto di rappresentanza (commerciale o - se la si ammetta in questo ambito – negoziale, mediante procura). Non si tratta però di un'indebita complicazione, ma di una logica conseguenza di un sistema normativo che tutela (esclusivamente) il legittimo affidamento dei terzi e non la superficialità di questi nell'informarsi. D'altronde, l'analoga duplicità dei controlli è dovuta in tutti quei casi in cui l'amministratore di una società di persone conferisce procura per il compimento di determinati atti ad una persona estranea alla società ¹³⁶: resta onere del terzo contraente accertarsi della legittimazione del procuratore e, a monte, del potere rappresentativo in capo all'amministratore delegante. Pertanto, sotto questo profilo, non si può affermare che l'ammissibilità della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone comporti per il terzo contraente un'incertezza maggiore di quella che sarebbe (comunque) provocata dal conferimento del potere di rappresentanza ad un institore della società di persone.

Il vero problema è suscitato, piuttosto, dal possibile conflitto tra il regime di amministrazione proprio della società di persone amministrata e il sistema di *governance* della società di capitali amministratrice.

Occorre tuttavia procedere con ordine per capire quali siano i possibili punti d'attrito e quali le possibili soluzioni.

amministratori dotati del potere rappresentativo, in virtù del sistema pubblicitario assicurato dagli artt. 2328, 2° co., n. 9) e 2383, 4° co., e, conseguentemente, possono fare legittimo affidamento sull'esistenza, in capo a questi, del potere di impegnare validamente e senza limiti l'ente societario». Qualora invece lo statuto o l'atto di nomina non contengano l'espressa indicazione degli amministratori dotati del potere di rappresentanza della società, è lecito presumere che tale potere spetti comunque a tutti i componenti del c.d.a.: Cass., 4.9.2007, n. 18574, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

¹³⁵ Il terzo ha sempre l'onere di accertare la qualità di rappresentante e l'estensione dei poteri di questi (qualora si tratti di limitazioni originarie), sulla base del contratto sociale: F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 79; F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2005, p. 122; G. Ferri, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 266; V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, p. 170; F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, p. 182 ss.

¹³⁶ Possibilità ampiamente ammessa in dottrina: v., per tutti, F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 79.

Innanzitutto, se la società amministratrice è una s.p.a. o una s.a.p.a., non si pongono particolari problemi per quanto concerne la formazione della volontà decisionale del relativo organo amministrativo: presente un c.d.a., il metodo collegiale nell'esercizio del potere gestionale è inderogabile ¹³⁷, ragione per cui è esclusa, a priori, la possibilità che due o più amministratori della s.p.a. o della s.a.p.a. gestiscano, indipendentemente tra loro ed in eventuale conflitto, la società di persone amministrata ¹³⁸.

Discorso diverso vale se la società amministratrice è una s.r.l. Qui è ben possibile che, ai sensi dell'art. 2475, lo statuto attribuisca a tutti i soci il potere di amministrazione disgiuntiva, con la conseguenza che ogni socio della s.r.l. potrebbe concorrere alla gestione della società di persone amministrata. Tuttavia, anche in tale ipotesi, l'amministratore della società di persone resta esclusivamente la s.r.l. partecipante, per cui la volontà gestionale manifestata da quest'ultima deve essere univoca. Allora, è necessario prima di tutto risolvere il conflitto all'interno della s.r.l. tra i soci amministratori, tramite l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2257, richiamato dallo stesso art. 2475, per arrestare l'iniziativa del singolo ¹³⁹. Altra soluzione in merito, potrebbe essere quella di deferire statutariamente a uno o più terzi arbitratori, i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione nella s.r.l. (art. 37, d. lgs., 17.1.2003, n. 5).

Queste soluzioni tuttavia sono utilizzabili solo per le operazioni ancora non compiute, mentre per le altre non esistono rimedi apparenti: la s.r.l. rimane vincolata dalla volontà espressa dal suo socio amministratore, salva la possibilità per gli altri soci amministratori di assumere successivamente iniziative uguali e contrarie ¹⁴⁰. A scoraggiare tale evenienza, potrebbe

¹³⁷ G. Grippo, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, p. 103 ss.; V. Calandra Buonauro, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 1984, p. 42 ss.; G.D. Mosco, *Commento all'art. 2380 bis*, in *Società di capitali. Commentario*, II, cit., p. 591; F. Galgano – R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 448.

¹³⁸ Problemi non se ne pongono neanche qualora la gestione della società di persone partecipata dalla s.p.a. o dalla s.a.p.a. sia demandata ad un amministratore delegato, restando, anche in questo caso, unica la “voce” che prende le decisioni, e trovando piena applicazione la consueta disciplina dell'art. 2381: sul punto, si rinvia al par. 2.3 del Cap. IV.

¹³⁹ Così anche F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 201, il quale opportunamente consiglia che sia lo statuto della s.r.l. a risolvere preventivamente simili contrasti. Non affrontiamo qui tutti i problemi che la dottrina ha sollevato in merito all'esercizio del diritto di veto e alla relativa decisione sull'opposizione nella s.r.l.: per una sintetica disamina v. P. Morandi, *Commento all'art. 2475*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, pp. 1239 ss.; adde, M.G. Paolucci, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010, 17, III, pp. 245 s.

¹⁴⁰ L'affermazione di F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 203, secondo cui sarebbe «inefficace ogni altra eventuale, successiva e diversa manifestazione di volontà di soggetti ugualmente dotati di analoghi poteri di rappresentanza» è corretta in quanto riferita

concorrere l'obbligo, supposto da parte della dottrina ¹⁴¹, in capo a ciascun amministratore, di comunicare preventivamente l'intenzione di compiere operazioni di particolare rilevanza, che potrebbero suscitare un conflitto tra gli stessi amministratori.

È evidente, poi, che la situazione sarebbe ulteriormente complicata qualora i patti sociali della società di persone prevedessero l'amministrazione disgiuntiva di tutti i soci. In tale ipotesi, ogni socio della s.r.l. amministratrice potrebbe compiere, disgiuntamente dagli altri soci della stessa, atti in nome e per conto della società di persone, all'insaputa anche degli altri soci di quest'ultima. Lo strumento giuridico per impedire tali atti, prima che essi siano compiuti, non potrebbe che essere l'opposizione, *ex art. 2257*, da parte degli altri soci della società di persone. Sull'opposizione dovrebbe poi decidere la maggioranza dei soci, alla quale la s.r.l. socia ed amministratrice parteciperà con un "peso" determinato dalla parte di utili che le spettano. Ovviamente, si porrebbe subito il problema di chi possa esprimere la posizione, necessariamente unica, della s.r.l. amministratrice: se tutti i soci hanno il potere di amministrazione e di rappresentanza disgiuntiva, deve ritenersi, ancora una volta, «vincolante la posizione assunta per prima dal rappresentante della società» ¹⁴².

Non c'è dubbio che tale ricostruzione possa apparire macchinosa e insoddisfacente, soprattutto perché il criterio della priorità temporale della scelta manifestata, nell'ambito dell'amministrazione della società di persone partecipata, da uno degli amministratori rappresentanti della s.r.l. partecipante, non assicura affatto (né è diretta a farlo) la coesione decisionale dell'organo amministrativo della s.r.l. stessa. A ciò si potrebbe ovviare, preferibilmente, con adeguate scelte statutarie volte a far sì che gli atti di gestione della società di persone partecipata, compiuti dalla s.r.l. partecipante, siano espressione dell'unanimità o, quantomeno, della maggioranza delle persone fisiche titolari del potere amministrativo nella stessa s.r.l. Pensiamo, *in primis*, ad un sistema di amministrazione congiunta o, meglio ancora, ad un consiglio di amministrazione che deliberi a maggioranza

a quella specifica operazione già compiuta da un amministratore della s.r.l. Tuttavia, proprio perché ogni socio della s.r.l. è investito dello stesso potere di amministrazione e rappresentanza disgiuntiva, non si possono escludere successive prese di posizione di segno opposto, della medesima efficacia di quella dell'atto già compiuto. Il criterio della priorità temporale si applica ad ogni singola operazione posta in essere, disgiuntamente, dai soci amministratori della s.r.l.: cosicché è ben possibile che l'atto compiuto successivamente da un altro amministratore vada ad eliminare gli effetti di quello precedente (ad es., se un amministratore dotato di potere di gestione e di rappresentanza disgiuntive recede da un contratto stipulato da un altro amministratore).

¹⁴¹ G.C.M. Rivolta, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società* (Liber amicorum Gian Franco Campobasso), diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007, p. 529; G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, cit., p. 145.

¹⁴² F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 203.

¹⁴³. Ma pensiamo anche ad una clausola statutaria che preveda che gli atti di amministrazione in nome e per conto della società di persone partecipata vengano previamente decisi dall'intera compagine sociale della s.r.l. secondo le modalità dell'art. 2479 ¹⁴⁴: ciò potrebbe penalizzare la speditezza della gestione della società di persone partecipata, ma ne accrescerebbe senza dubbio la funzionalità e la stabilità, evitando le incoerenze e le contraddizioni connaturali ad un sistema, convenzionale, di amministrazione disgiuntiva della società di capitali partecipante che si sovrapponga a quello, legale, di amministrazione disgiuntiva della società di persone partecipata.

Insomma, le disfunzioni, possibili, della fattispecie società di persone - amministrata da società di capitali sembrerebbero derivare non, *ex ante*, dai conflitti normativi tra i due modelli societari, bensì, a posteriori, da scelte errate dell'autonomia statutaria, cosicché appare inesatto sostenere che l'inserimento dell'ordinamento di una società di capitali nella struttura organizzativa di una società di persone sia, *tout court*, di difficile attuazione.

Paragrafo 3 – Cenni sull'argomento negli ordinamenti stranieri

3.1. L'ordinamento francese

Il Legislatore francese, prima con la legge 24.7.1966, n. 537 e quindi con il *Code de Commerce* attualmente in vigore ¹⁴⁵, ammette incondizionatamente che una persona giuridica sia amministratrice di una società di persone ¹⁴⁶ o di una di capitali ¹⁴⁷.

¹⁴³ Soluzione già individuata da F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 202: «Più adeguato a prevenire conflitti (e soprattutto a ridurre i tempi di risoluzione dell'eventuale conflitto) può apparire, comunque, il sistema dell'amministrazione congiunta e più ancora il sistema di amministrazione basato sul consiglio di amministrazione nel quale le decisioni sono assunte con il consenso della totalità o della maggioranza degli amministratori. Anche nell'ipotesi di nomina di consiglio di amministrazione nella società a responsabilità limitata, l'organo può delegare ad un soggetto il compito di amministrare la società partecipata in nome e per conto della società, prevenendo in radice ogni possibile contrasto all'interno della compagine amministrativa della società partecipante».

¹⁴⁴ Si riconosce che «con la sola eccezione delle materie di cui all'art. 2475, ult. co., che sono in ogni caso rimesse alla competenza degli amministratori, è comunque ammissibile anche affidare la totalità o una parte dei poteri di gestione ai soci in quanto tali: nel qual caso anche le deliberazioni in materia di amministrazione dell'impresa sociale dovranno essere adottate secondo le modalità previste dall'art. 2479 per le decisioni dei soci» (G. Guerrieri, *Commento all'art. 2479*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 1282).

¹⁴⁵ Introdotto dalla *ordonnance* n. 2000-912 del 18.11.2000, ratificata poi dalla legge n. 2003-7 del 3.1.2003. Per una panoramica ragionata dell'evoluzione del diritto commerciale francese, v. P. Balzarini, *La modernizzazione del diritto societario francese*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 216 ss.

Peraltro, le due fattispecie sono strutturate in maniera differente. Nel primo caso, la *personne morale gérant* non deve nominare una persona fisica per l'amministrazione della *société en nome collectif*, perché sono i suoi stessi *dirigeants* che se ne occuperanno; nel secondo caso, invece, la persona giuridica amministratrice della *société anonyme* deve designare un rappresentante permanente all'interno del c.d.a. di quest'ultima.

Notiamo subito come le soluzioni accolte dal diritto francese non sembrano trasferibili semplicemente alla nostra fattispecie della società amministrata da altra società, non potendosi individuare un substrato giuridico comune.

L'art. L. 225-20 *Code de Commerce* adotta una disciplina simile a quella dell'art. 2542 codice civile per le nostre cooperative: in Francia la persona giuridica amministratrice di una società anonima non può semplicemente avvalersi, per la gestione di quest'ultima, del suo organo amministrativo *pro tempore*, ma deve necessariamente indicare un rappresentante stabile preposto a quel compito, così come in Italia, secondo una tesi già descritta (e confutata) al paragrafo 2.2, una società di capitali non potrebbe direttamente amministrare un'altra società di capitali, ma dovrebbe nominare una persona fisica mandataria, in applicazione del principio generale dell'art. 2542.

Orbene, tale ricostruzione, già criticabile, come si è visto, in materia di società di capitali amministratrici di altre società di capitali, appare ancor più inadatta se riferita all'amministrazione di una società di persone, e una conferma di ciò ci viene proprio dal diritto francese.

Infatti, l'art. L. 221-3 *Code de Commerce* prevede che la persona giuridica amministratrice di una società in nome collettivo gestisca quest'ultima tramite i suoi *dirigeants* senza bisogno di nominare all'uopo un rappresentante stabile. Questo fa ritenere che, nel diritto francese (così come – potremmo dire *a posteriori* - in quello italiano), la regola sia proprio l'ultima enunciata: la persona giuridica amministratrice di una società gestisce quest'ultima, normalmente, tramite i suoi *organes*, e ciò in quanto le persone fisiche preposte

¹⁴⁶ Art. L. 221-3, 2° comma, *Code de Commerce*: «*Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent*».

¹⁴⁷ Art. L. 225-20 *Code de Commerce*: «*Une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente*.

Lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement».

all'amministrazione non sono legate da rapporto di mandato né con gli altri soci, né con la società, bensì da un rapporto di rappresentanza organica con quest'ultima ¹⁴⁸. Al contrario, la scelta del Legislatore francese di prevedere, nel caso di una società per azioni in cui amministratore sia una persona giuridica, l'obbligo in capo a quest'ultima di designare un rappresentante permanente che interverrà nel consiglio d'amministrazione della società per azioni amministrata, costituisce una deviazione dal principio generale sopra enunciato, tant'è che, in tal caso, «*le représentant permanent est donc à la fois organe de la société administrée et mandataire de la société administrateur*» ¹⁴⁹. E non c'è dubbio che tale “deroga” alla regola generale secondo la quale la società amministratrice gestisce la società amministrata tramite i suoi rappresentanti legali *pro tempore* è giustificata dall'esigenza, molto sentita dal Legislatore d'oltralpe, di assicurare la massima certezza ai terzi che contrattino con un amministratore della *société anonyme*, oltre che dall'esigenza di evitare confusione nella partecipazione della persona giuridica amministratrice alle decisioni adottate all'interno del consiglio di amministrazione della società amministrata ¹⁵⁰.

Ad ogni modo, in entrambi i casi (*personne morale* amministratrice di *société en nom collectif* o di *société anonyme*), è prevista la responsabilità patrimoniale solidale, per i *dettes sociales* della società amministrata, in capo alla *personne morale* amministratrice e ai suoi *dirigeants* o al suo *représentant permanent*, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, dove - come abbiamo visto al paragrafo 2.5 - la responsabilità per le obbligazioni assunte in nome della società amministrata grava soltanto sulla società amministratrice.

¹⁴⁸ «*Mais le dirigeant ne peut pas être le mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société; il ne peut pas être non plus le mandataire de la société, puisque le mandat doit mettre en présence deux volontés et que la société n'a pas de volonté propre. On préfère aujourd'hui considérer qu'il y a une représentation originale de la presonne morale par le organes que la loi a institués*» (P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2008, p. 126).

¹⁴⁹ P. Merle, *op. cit.*, p. 425. Lo stesso Autore non manca di sottolineare che tale situazione si presenta particolarmente delicata perché la persona fisica così designata potrebbe non essere d'accordo con le istruzioni ricevute dalla persona giuridica da lui rappresentata, profilandosi allora la possibilità di far valere una responsabilità personale del rappresentante. Per uno sguardo d'insieme, v. anche B. Oppetit, *Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme*, in *JCP*, G, I-Doctrine, 1969, p. 2227, n. 1 ss.; Richard, *La personne morale gérante d'une société de personnes*, in *JPC*, N, 1987, pp. 563 ss.

¹⁵⁰ P. Merle, *op. cit.*, p. 424: «*Le risque est alors que la personne morale ne soit pas représentée par la même personne physique aux différentes réunions du conseil d'administration, ce qui ne manquerait d'entraîner une dilution des responsabilités*».

Peraltro, la soluzione francese di cumulare la responsabilità della *personne morale* amministratrice e dei suoi *dirigeants* ¹⁵¹ è pienamente condivisibile nel caso in cui la società amministrata sia una *société en nom collectif* ove, a differenza di quanto avviene nel nostro ordinamento (secondo interpretazione prevalente), i *gérants* possono essere anche non soci ¹⁵². Potrebbe infatti accadere che la *personne morale* amministratrice non sia socia della *société en nom collectif*, con la conseguenza che essa non sarebbe assoggettata a quella responsabilità illimitata e solidale per i debiti sociali che grava su tutti gli *associés*, ai sensi dell'art. L. 221-1 *Code de Commerce* ¹⁵³. Appare in tal caso utile che alla responsabilità della *personne morale* amministratrice (che potrebbe avere un patrimonio incapiente) si aggiunga quella personale dei suoi *dirigeants*, fermo restando, comunque, la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci. Lo scopo è, innanzitutto, quello di evitare che i soci della *société en nom collectif*, magari dotati di un patrimonio personale esiguo e inidoneo a fronteggiare le obbligazioni sociali, nominino una persona giuridica, anch'essa sottocapitalizzata, come amministratrice della stessa società. Tuttavia, tenuto conto che lo stesso pericolo si profilerebbe qualora ad amministrare la *société en nom collectif* fosse una persona fisica non socia (che potrebbe aver un patrimonio personale incapiente), sembra che la scelta del Legislatore francese sia addirittura maggiormente tutelante in presenza di una *personne morale* amministratrice. In realtà, verosimilmente, sancendo la responsabilità personale della persona fisica *dirigeant* della *personne morale* amministratrice, si è voluto proteggere la stessa *société en nom collectif* per il caso in cui il *gérant* abbia commesso una *faute de gestion* che provochi un pregiudizio alla società ¹⁵⁴. In tal caso, infatti, la responsabilità personale della persona fisica che concretamente ha agito, aggiungendosi a quella della persona

¹⁵¹ Sulla natura specifica della responsabilità degli amministratori di società, v. P. Didier, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, in *Revue des sociétés*, 2003, p. 238 ss.

¹⁵² Art. L. 221-3, 1° comma, *Code de Commerce*: «Tous les associés sont gérants, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou en prévoir la designation par un acte ultérieur».

¹⁵³ Infatti, qualora l'amministratore, nell'esercizio delle sue funzioni, causi un danno a terzi, la prima responsabile sarà la società e, sussidiariamente, ma illimitatamente e solidalmente, tutti i soci (essendo inopponibile ai terzi la clausola statutaria che limiti la responsabilità di uno o alcuni dei soci della società in nome collettivo). L'amministratore in quanto tale, invece, non è personalmente responsabile verso i terzi, se non per «une faute séparable de ses fonctions qui lui serait personnellement imputable» (P. Merle, *op. cit.*, p. 174).

¹⁵⁴ «En ce cas, l'action sociale obéit aux règles fixées par l'article 1843-5 du Code civil. Elle peut être intentée par le représentant légal de la société (nouveau gérant contre l'ancien, action sociale ut universi), mais elle peut l'être également par un ou plusieurs associés (action sociale ut singuli, al. 1^{er})» (P. Merle, *op. cit.*, p. 174).

giuridica amministratrice, potrebbe contribuire ad allontanare il rischio dell'abuso dello schermo della personalità giuridica.

Nell'ordinamento societario italiano, invece, non sembra potersi pervenire alle medesime conclusioni.

Innanzitutto, se si accoglie la tesi per cui nelle società di persone amministratori possono essere solo soggetti soci, non può profilarsi il rischio che la persona giuridica amministratrice non sia illimitatamente e solidalmente responsabile (con gli altri soci ¹⁵⁵) per le obbligazioni assunte per conto della società amministrata. Anzi, proprio questo (cioè il principio “nessun potere senza responsabilità”) è uno degli argomenti tradizionalmente invocati per negare la possibilità che un estraneo amministri una società personale.

In secondo luogo, per quanto concerne i rapporti interni tra la società di persone amministrata e la persona giuridica amministratrice, è da ricordare che, ai sensi dell'art. 2260, 2° comma, la seconda è già responsabile verso la prima per l'inadempimento di obblighi legali o contrattuali fonte di danno risarcibile mediante l'azione sociale di responsabilità. Peraltro, si tratta di una responsabilità che grava solidalmente su tutti gli amministratori che non dimostrino di essere esenti da colpa, per cui sussiste in capo agli stessi un dovere (e onere) comune di vigilanza sull'operato della persona giuridica amministratrice. È chiaro che, individuandosi una persona fisica responsabile insieme alla persona giuridica per le “colpe” di gestione, ne risulterebbe rafforzata la tutela della stessa società di persone amministrata, ma è altrettanto pacifico che, in ogni caso, l'azione sociale di responsabilità, esperibile contro la persona giuridica e gli altri amministratori della società, rappresenta un valido baluardo; non spetta all'interprete la “duplicazione” delle responsabilità, ma alla volontà del Legislatore e, in questa sede, non è dato rinvenire simile volontà del Legislatore italiano.

Ancor più utile apparirebbe poi la suddetta “duplicazione” di responsabilità, qualora si volesse riconoscere ai singoli soci e ai terzi direttamente danneggiati da atti della persona giuridica amministratrice, il potere di agire individualmente contro quest'ultima. Tuttavia, se con riferimento ai singoli soci vi è una sostanziale concordia in dottrina e giurisprudenza a

¹⁵⁵ Occorre ovviamente distinguere tra la società in accomandita semplice, ove i soci accomandatari sono necessariamente responsabili illimitatamente, la società semplice, ove i soci non amministratori (o meglio coloro che «hanno agito in nome e per conto della società» *ex* art. 2267, 1° comma – discutendosi se si tratti dei soci amministratori *tout court* o solo di quelli titolari del potere di rappresentanza) non possono limitare la responsabilità verso i terzi, e la società in nome collettivo, ove nessun socio può sottrarsi alla responsabilità civile nei confronti dei terzi (art. 2291).

favore della tesi positiva ¹⁵⁶, lo stesso non si può dire con riguardo ai terzi creditori della società di persone ¹⁵⁷. Sotto quest'ultimo profilo, la soluzione adottata dal Legislatore francese sembrerebbe maggiormente confacente, nell'ottica della sua trasferibilità nell'ordinamento italiano, all'ipotesi della società di capitali amministrata da una persona giuridica: qui il cumulo delle responsabilità svelerebbe la sua utilità ai fini dell'esercizio delle azioni individuali dei creditori sociali e dei soci e dei terzi, di cui ai rispettivi artt. 2394 e 2395. Ma tale considerazione di rilevante interesse pratico non può valere a superare le obiezioni che si sono mosse circa la presunta esistenza di un obbligo per la società amministratrice di nominare un mandatario *ad hoc* per la gestione della società di capitali amministrata (v. in particolare le critiche, nel paragrafo 2.2 del Capitolo II, alla presunta valenza generale del principio dell'art. 2542).

D'altronde, altre scelte operate dal Legislatore francese, in materia di *société anonyme*, non sembrano agevolmente utilizzabili in Italia. Si pensi, al riguardo, alla necessità, imposta dal codice francese, che il presidente del consiglio di amministrazione e/o il direttore generale sia una persona fisica ¹⁵⁸. Quale che sia la *ratio* di tale scelta ¹⁵⁹, una volta che si riconosca, nel nostro ordinamento, che una società può amministrare un'altra società (di capitali), non vi sarebbe alcun dato positivo sulla base del quale interdire alla società amministratrice di assumere le vesti di presidente del consiglio di amministrazione, esercitando, tramite il suo

¹⁵⁶ G. Ferri, *Delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, V, Bologna-Roma, 1981, p. 178; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 105. In giurisprudenza, Trib. Milano, 15.5.1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 89, che riconosce la sussistenza di un danno diretto al socio quando l'amministratore si appropria degli utili; Cass., 10.3.1992, n. 2872, in *Mass. Giur. it.*, 1992, per l'applicazione analogica dell'art. 2395 c.c.; Cass., 13.12.1995, n. 12772, in *Soc.*, 1996, p. 401, per l'applicazione della clausola generale dell'art. 2043 c.c.; Cass., 28.3.1996, n. 2846, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 790.

¹⁵⁷ Alcuni autori riconoscono ai creditori sociali il solo esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in via surrogatoria *ex art.* 2900: M. Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, p. 435 ss.; P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 322. *Contra*, F. Galgano, *Le società in genere, Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, XXVIII, Milano, 1982, p. 387.

¹⁵⁸ Art. L. 225-47 *Code de Commerce*: «*Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique*». Art. L. 225-51-1: «*La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général*».

¹⁵⁹ Il Ferri riteneva che sottesa a tale prescrizione vi fosse l'esigenza di tutela della certezza dei rapporti con i terzi, i quali non avrebbero dovuto essere gravati dall'onere di accertare se la persona fisica loro controparte negoziale fosse organo della persona giuridica amministratore (v. nota 131). In realtà, tale preoccupazione sembrerebbe non dover sussistere considerato che la *personne morale administrateur* è tenuta a nominare, dandovi l'adeguata pubblicità, un rappresentante permanente per lo svolgimento concreto della gestione.

legale rappresentante, quelle funzioni previste dalla legge che presuppongono l'agire di una persona fisica ¹⁶⁰.

Da quanto finora esposto in merito alle persone giuridiche amministratrici di società francesi, emerge una tendenziale difficoltà ad importare nell'ordinamento italiano le soluzioni adottate dal Legislatore d'oltralpe, vuoi perché esistono oggettive differenze di disciplina dell'organizzazione societaria (lo si è visto in ordine alla possibilità, nella *société en nom collectif*, di nominare amministratore un soggetto non socio), vuoi perché quelle medesime soluzioni sono il frutto di una precisa *voluntas legis* che non può semplicemente estendersi, in mancanza di dati positivi, ad altri ordinamenti giuridici.

3.2. L'ordinamento tedesco

Grande interesse suscita, nell'ottica del diritto commerciale comparato, lo studio del problema della persona giuridica amministratrice di società nell'ordinamento tedesco. In particolare, la dottrina si è soffermata sul possibile utilizzo, nella realtà italiana, dei molteplici modelli organizzativi diffusi in Germania, aventi come caratteristica comune la partecipazione di una *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (s.r.l.) in qualità di accomandatario di una *Kommanditgesellschaft* (s.a.s.) ¹⁶¹. Tralasciando le utilità pratiche che potrebbero derivare

¹⁶⁰ Ipotesi diversa, e per nulla da escludere, è quella del divieto, eventualmente previsto nello statuto della società amministrata, che il ruolo di presidente del c.d.a. sia assunto da una persona giuridica.

¹⁶¹ Oltre a quanto già riferito alla nota 22, si ricorda che U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, cit., p. 192 ss., riassume i modelli (*Typen*) di *GmbH & Co. KG* (s.a.s. partecipata da una s.r.l. accomandatario) più diffusi in Germania come segue:

«i) la *typische GmbH & Co.*: (...) caratterizzata dalla circostanza che la società a responsabilità limitata (*GmbH*) che partecipa alla società in accomandita semplice (*KG*) in qualità di unico accomandatario esaurisce il suo scopo e la sua attività nella partecipazione alla s.a.s. (...);

ii) la *mehrstufige GmbH & Co.*: (...) il riferimento è, in particolare, all'ipotesi di una s.r.l. che assume la qualifica di socio accomandatario in una s.a.s. (*KG*) e la *KG* (*rectius*, la *GmbH & Co. KG*) riveste, a sua volta, il ruolo di accomandatario in altra società in accomandita semplice;

iii) la «*Einpersonen*» *GmbH & Co.*: siamo in presenza di una società di persone nella forma di una s.a.s. (*KG*), all'interno della quale domina una sola persona fisica che riveste allo stesso tempo il ruolo di unico accomandatario e di socio unico della s.r.l. (*GmbH*) unica accomandataria (...);

iv) la *sternförmige GmbH & Co.*: (...) si intende far riferimento ad una fattispecie, nella quale una medesima società a responsabilità limitata è accomandataria di più *Kommanditgesellschaften* (società in accomandita semplice);

v) la *personengleiche GmbH & Co.*: tale figura ricorre allorquando tutti i soci accomandanti siano allo stesso tempo soci della società a responsabilità limitata (o della s.p.a.).».

dall'importazione di nuove forme organizzative d'impresa ¹⁶², si vuole ora verificare la portata applicativa delle soluzioni giurisprudenziali e normative in Germania.

Innanzitutto, emerge, all'interno dell'ordinamento societario tedesco, un'evidente discrasia tra, da un lato, la scelta sancita dal § 76, Abs. 3, *Aktiengesetz (AktG)* ¹⁶³, di riservare l'amministrazione delle *Aktiengesellschaft (AG)* alle sole persone fisiche e, dall'altro, la fattispecie, nata nella prassi ma riconosciuta dalla giurisprudenza e dal legislatore ¹⁶⁴, della *Kapitalgesellschaft & Co.* ed in particolare, della *GmbH & Co. KG* (società in accomandita semplice in cui l'unico accomandatario è una società a responsabilità limitata).

Già da questo primo dato, è possibile trarre l'osservazione di come la fattispecie della persona giuridica – amministratrice di società non sia considerata un'evoluzione “naturale” dell'ordinamento tedesco. E infatti le molteplici critiche sollevate da autorevole dottrina ¹⁶⁵ nei confronti della *GmbH & Co. KG* hanno indotto la giurisprudenza prima e il Legislatore poi, a circondare la figura di una serie di cautele. Tra queste ultime, sono da ricordare, in quanto espressione della “preoccupazione” degli operatori del diritto per la possibile elusione del principio della responsabilità solidale di tutti i soci di una società di persone per le obbligazioni sociali ¹⁶⁶, quelle prescrizioni volte a tutelare l'affidamento dei terzi contraenti con una *GmbH & Co. KG*.

¹⁶² Alcuni vantaggi della partecipazione di una società di capitali ad una di persone sono indicati da R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, cit., p. 430 ss.: vantaggi di natura fiscale e di flessibilità organizzativa, oscurati però dall'«aspetto negativo della scarsa trasparenza dei rapporti sociali». Sull'argomento si veda quanto già detto al paragrafo 1 del Capitolo I ed in particolare alla nota 22.

¹⁶³ «Mitglied des Vostands kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein».

¹⁶⁴ Nata agli inizi del XIX secolo come nuova forma di organizzazione imprenditoriale fondata su modelli societari diversi, la *GmbH & Co. KG* è stata pienamente riconosciuta dal *Reichsgerichtshof* (Corte Suprema dell'Impero germanico) con decisione del 22.7.1922, e dal *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema della Repubblica Federale Tedesca) con la pronuncia del 28.11.1955. Il Legislatore tedesco ha poi dettato una disciplina speciale (ma limitata ad alcuni aspetti soltanto) della partecipazione di società di capitali a società di persone, con la *GmbH Novelle* del 1980 che ha modificato alcuni paragrafi dell'*Handelsgesetzbuch* (Codice di commercio).

¹⁶⁵ Fra i tanti, si veda K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 1625, che considera la fattispecie come «figlia dell'elusione», nonché Grossfeld, *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe*, Heidelberg – Karlsruhe, 1977, p. 36, il quale la definisce come «peccato originale» del diritto delle società. Altre critiche sono riportate da M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1088 ss., il quale, prima della riforma del 2003, le utilizzava per negare l'ammissibilità, in Italia, di società di capitali illimitatamente responsabili di società personali.

¹⁶⁶ Nella *Offene Handelsgesellschaft* (corrispondente alla nostra s.n.c.) la responsabilità solidale grava su tutti i soci, mentre nella *Kommanditgesellschaft* (corrispondente alla nostra s.a.s.) grava sui soci accomandatari.

Così, l'assenza di una persona fisica illimitatamente responsabile deve esser portata a conoscenza dei terzi, giacchè la ragione sociale della *Kommanditgesellschaft* (ma anche quella della *Offene HandelsGesellschaft*) deve contenere una denominazione da cui si possa evincere la limitazione della responsabilità ¹⁶⁷. Analoga soluzione deve ammettersi nell'ordinamento italiano, qualora una società in accomandita semplice sia partecipata da una società di capitali in qualità di unico accomandatario: basta l'art. 2314 c.c. ad imporre di indicare la denominazione della società di capitali accomandatario. Qualora invece, oltre alla società di capitali partecipante, vi fossero altre persone fisiche in veste di accomandatari, potrebbe esser palesata nella ragione sociale, a scelta della s.a.s, o la denominazione della società di capitali o il nome di una delle persone fisiche. In quest'ultimo caso, i terzi non potrebbero sapere, mediante la semplice consultazione della ragione sociale, che nella s.a.s. con cui essi contrattano vi è un accomandatario società di capitali ¹⁶⁸. Simile eventualità tuttavia non ha preoccupato nemmeno il legislatore tedesco, il quale anzi ha imposto che, in presenza di persone fisiche illimitatamente responsabili, la ragione sociale debba contenere il nome di almeno una di esse, anche se tra gli altri soci illimitatamente responsabili vi siano società di capitali (§ 19, 5° comma, *HGB*): insomma, si può ben dire che «l'esistenza di un patrimonio appartenente ad una persona fisica, il cui nome è obbligatoriamente contenuto nella ragione sociale (...), costituisce una garanzia sufficiente, per l'affidamento dei terzi di buona fede» ¹⁶⁹.

Altra norma cautelativa per i terzi è quella (§ 177° *HGB*) che estende alla *GmbH & Co. KG* l'obbligo di indicare, nella corrispondenza commerciale e negli atti da essa compiuti, i dati già previsti nei §§ 80 *AktG* e 35 *GmbHG*, tra i quali figura l'ammontare del capitale sociale: tale elemento, «normalmente irrilevante nelle società di persone» ¹⁷⁰, può risultare utile per coloro che, negoziando con la *Kommanditgesellschaft*, possono essere resi edotti della capacità

¹⁶⁷ Questa regola era stata imposta dal *Bundesgerichtshof* (*BGHZ* 62, 216), traendola dai §§ 4 I della legge sulla società per azioni (*AktG*) e 4 II della legge sulla società a responsabilità limitata (*GmbHG*), e quindi ribadita dal § 19 *HGB*. Qualora invece tra i soci illimitatamente responsabili vi sia una persona fisica, la ragione sociale deve indicare il nome di quest'ultima.

¹⁶⁸ Identica situazione si verificherebbe in presenza di una s.n.c. partecipata (anche) da società di capitali, visto che nella ragione sociale non è richiesta l'indicazione del nome (o della denominazione) di tutti i soci (art. 2292).

¹⁶⁹ R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, cit., p. 428.

¹⁷⁰ M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1088.

patrimoniale di quest'ultima ¹⁷¹, in un contesto in cui uno dei soci (la *GmbH* accomandatario) è sì illimitatamente responsabile ma, a differenza delle persone fisiche, lo è entro un limite predefinito, che è quello determinato dal capitale sociale. Una norma simile la ritroviamo, per quanto concerne le società italiane, nell'art. 2497 *bis*, in tema di gruppi, ove alla società di persone assoggettata ad attività di direzione e coordinamento (quando e *se* sia possibile ravvisare un tale rapporto: si veda quanto già detto in precedenza) è imposto di indicare, negli atti e nella corrispondenza, la società o l'ente che esercita quella stessa attività. In tale ipotesi, può ritenersi necessario che sia indicato non solo la società (di capitali) capo – gruppo, ma anche il capitale sociale della medesima, in applicazione analogica dell'art. 2250, 2° comma. Si osserva quindi, almeno sotto questo profilo, una vicinanza di disciplina tra l'ordinamento tedesco e quello italiano, ma non una piena coincidenza. Infatti, mentre nel primo è imposto di indicare nella corrispondenza commerciale, sempre e comunque in presenza di una *GmbH & Co. KG*, il capitale sociale della *Kommanditgesellschaft*, nell'ordinamento italiano l'indicazione riguarda solo il capitale della società *holding* e solo quando vi sia un'attività di direzione e coordinamento. Se invece una società di capitali partecipi come socio amministratore in una società di persone, senza che sia ravvisabile un'attività di direzione e coordinamento, manca una norma che stabilisca un obbligo in tal senso, non potendosi certo ravvisare quest'ultimo nell'indicazione, nella ragione sociale della s.a.s., della denominazione della società di capitali – accomandatario: la denominazione infatti, deve necessariamente informare sul tipo sociale scelto ma non sull'ammontare del capitale.

Ma l'aspetto che maggiormente interessa, ai fini della nostra ricerca, è quello concernente il legame tra potere di gestione e responsabilità patrimoniale nell'ordinamento delle società di persone tedesche, nonché quello relativo alla soluzione individuata per conservare quel medesimo legame.

Preoccupato del possibile “attentato” al principio “*Keine Herrschaft ohne Haftung*” (“nessun potere senza responsabilità”), derivante dal fatto che nella *GmbH & Co. KG* la responsabilità per le obbligazioni sociali verrebbe assunta soltanto dall'unico socio accomandatario – società a responsabilità limitata (sovente dotata di un patrimonio insufficiente a fronteggiare tali debiti), il *Bundesgerichtshof* si è avvalso dell'opera ermeneutica per addossare la suddetta responsabilità in capo alla persona fisica vera *manager* della *GmbH & Co. KG*. Ossia, i giudici tedeschi hanno affermato che l'amministratore della *GmbH* accomandataria risponde

¹⁷¹ Da un punto di vista contabile, rileva M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1088, che il capitale sociale della *GmbH & Co. KG* è dato dalla somma tra i conferimenti dei soci accomandanti e il capitale della *GmbH* accomandatario.

anche della gestione della *KG*, potendo tale responsabilità esser fatta valere direttamente dai soci e dai creditori della stessa società di persone ¹⁷². È interessante soprattutto il mezzo mediante il quale la giurisprudenza è arrivata a tale risultato: ricostruendo «il rapporto tra amministratore di società di capitali e la società di capitali come rapporto dal quale sorgono anche obblighi di protezione (*Schutzwirkungen*) verso la società in accomandita semplice partecipata» ¹⁷³. L'estensione della responsabilità, diretta, in capo alla persona fisica legale rappresentante della *GmbH* accomandatario non avviene dunque (né ciò potrebbe avvenire) in virtù dell'applicazione dei principi generali del diritto societario, bensì in forza dell'interpretazione estensiva o analogica di un istituto giuridico (*Schutzwirkungen*) del tutto peculiare dell'ordinamento tedesco.

Quanto finora detto offre perlomeno due spunti di riflessione sulla nuova possibile fattispecie, nell'ordinamento italiano, di società di persone amministrate da società di capitali.

Innanzitutto, dall'esperienza tedesca si ricava una conferma dell'attuale persistenza, come modello di base, del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata nelle società di persone. Non è un caso che i giudici tedeschi si siano preoccupati di proteggere (o meglio di rafforzare) il suddetto binomio dall'azione erosiva di una prassi societaria poco attenta alla salvaguardia della responsabilità illimitata dei soci amministratori e tutta incentrata sulla modernizzazione del ruolo delle società personali.

Chi tuttavia si avvale dell'esempio della *GmbH & Co. KG* per proclamare la “crisi” del principio *Keine Herrschaft ohne Haftung* ¹⁷⁴ non coglie nel segno, giacchè parte dal presupposto che la responsabilità illimitata, che dovrebbe giustificare il potere di direzione, debba necessariamente fare capo ad una persona fisica. Contro questa argomentazione, si è

¹⁷² *BGHZ* 75, 321 e *BGHZ* 76, 326, entrambi menzionati da M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1088. La responsabilità dell'amministratore della *GmbH* verso i terzi rientra nella c.d. responsabilità “esterna” (*Außenhaftung*), che si contrappone a quella “interna” verso la società (*Innenhaftung*): cfr. V. Sangiovanni, *Responsabilità degli amministratori di s.r.l. tedesca (GmbH) nei confronti della società*, in *Società*, 2005, pp. 1571 ss.

¹⁷³ U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo “modello di organizzazione dell'attività di impresa”*, cit., p. 200.

¹⁷⁴ Secondo F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, p. 224, la s.r.l. accomandataria della *Kommanditgesellschaft* non sarebbe «altro che un labile paravento dietro il quale gli accomandanti, usufruendo della doppia posizione di soci della società personale e di quella di capitali, sono i padroni incontrastati dell'impresa». A ben vedere, una tale ricostruzione, sebbene diretta a far prevalere la sostanza sulla forma, non può essere condivisa: da un lato, si è già visto come il *Bundesgerichtshof* abbia esteso la responsabilità anche alla persona fisica concretamente preposta dalla s.r.l. alla gestione della s.a.s., dall'altro, il pericolo prospettato da Denozza non è diverso da quello che si realizza quando venga nominato come amministratore un socio accomandatario persona fisica “nullatenente” o comunque non in grado di offrire una garanzia patrimoniale adeguata.

già detto (v. par. 2.5 del Cap. II) che la società amministratrice risponde *illimitatamente*, indipendentemente dalla consistenza del suo patrimonio, delle obbligazioni della società amministrata, alla stregua di quanto farebbe una persona fisica.

E se il principio “*Keine Herrschaft ohne Haftung*” non è spezzato in una *Kommanditgesellschaft* in cui unico socio accomandatario è una *Gesellschaft mit beschränkter*, a maggior ragione possiamo affermare che il medesimo principio non viene cancellato ¹⁷⁵, *sic et simpliciter*, in una società di persone italiana in cui, tra più amministratori, vi siano *anche* società di capitali.

Inoltre - e questa è la seconda osservazione - la soluzione pratica individuata dal *Bundesgerichtshof* di applicare alla persona fisica amministratrice della *GmbH* accomandatario la responsabilità diretta per la gestione della *GmbH & Co. KG*, non sembra “importabile” nel nostro ordinamento societario.

Mancano, invero, i presupposti di applicazione di simile ricostruzione. *In primis*, le pronunce dell’organo giurisdizionale tedesco si riferiscono alla fattispecie, ben definita, di una società in accomandita semplice in cui *unico* socio accomandatario è una società a responsabilità limitata. Si tratta di un diritto particolare ¹⁷⁶ che, per la *ratio* da cui è ispirato, non è estensibile ad ipotesi diverse dalla *GmbH & Co. KG*, ossia ad ipotesi nelle quali tra gli altri amministratori – persone fisiche della società di persone vi siano *anche* società di capitali (a responsabilità limitata); tali ultimi casi, nel pensiero del Legislatore tedesco, non destano preoccupazioni in ordine alla tutela dei terzi contraenti con la società amministrata ¹⁷⁷. E se, come appena detto, la soluzione giurisprudenziale in oggetto non è riferibile ad altre fattispecie societarie del diritto germanico, tanto meno lo è ai casi di società di persone italiane amministrate da società di capitali. Ragionando diversamente, bisognerebbe scindere, anche nel nostro ordinamento, le ipotesi di società di persone amministrate *unicamente* da società di capitali dai casi di società di persone amministrate *anche* da società di capitali, al fine di applicare la responsabilità solidale *de qua* soltanto alle prime. Ma anche così opinando, resta insuperabile lo scoglio rappresentato dall’assoluta peculiarità del mezzo utilizzato dalla giurisprudenza tedesca per la suddetta opera ermeneutica, *id est* il contratto di

¹⁷⁵ E ciò a differenza di quanto sostenuto da una parte, pur autorevole, della dottrina: v. nota 115.

¹⁷⁶ Tale lo considera opportunamente M. Tessera Chiesa, *op. cit.*, p. 1088.

¹⁷⁷ R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, cit., p. 427: «Le società di persone cui partecipano delle società di capitali, ma nelle quali vi sia almeno una persona fisica che risponde illimitatamente delle obbligazioni sociali, non hanno, invece, ricevuto una disciplina specifica, in quanto non presentano particolari problemi».

amministrazione con obblighi di protezione stipulato tra la persona fisica amministratrice della *GmbH* e la stessa *GmbH*¹⁷⁸.

Non si può che concludere, quindi, che in Germania il fenomeno della società di capitali amministratrice di una società di persone ha trovato una specifica (anche se non sempre compiuta) regolamentazione, di matrice sia giurisprudenziale che legislativa, attenta in particolare ai profili di tutela dei terzi che intrattengano rapporti con la società; regolamentazione che tuttavia - come già osservato nel paragrafo precedente in merito al confronto con l'ordinamento societario francese - non si presta ad essere recepita semplicemente nell'ordinamento societario italiano, rispetto al quale ben potrà in futuro la giurisprudenza (o direttamente e preferibilmente il Legislatore) svolgere, tramite strumenti ed istituti giuridici appartenenti alla nostra tradizione, un'accurata opera di adeguamento alle soluzioni individuate nei sistemi stranieri.

3.3. L'ordinamento inglese

A differenza degli ordinamenti societari francese e tedesco, nei quali - come si è visto nei paragrafi precedenti - la fattispecie di una società amministrata da un'altra società è prevista e regolata (almeno nei suoi profili più importanti, ossia quelli attinenti alla responsabilità di gestione), nel rinnovato diritto societario inglese sono pochi i dati normativi a disposizione dell'interprete in materia di responsabilità della persona giuridica amministratrice.

¹⁷⁸ Non è questa, ovviamente, la sede per ripercorrere le dottrine avvicinandosi in merito alla possibile introduzione, nell'ordinamento italiano, del contratto con obblighi di protezione verso terzi (in generale, sugli obblighi di protezione, v. C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; Id., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 181 ss.; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; F. Benatti, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, p. 1342; Id., *Doveri di protezione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1991, VII, p. 221). Giova tuttavia ricordare che mentre in passato parte della dottrina cercava di trarre riferimenti proprio dalla scienza giuridica tedesca (v., tra gli altri, F. Carusi, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 709; A. Di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 405; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 154; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, XV, p. 676 ss.; G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 158), in tempi più recenti numerose sono state le critiche alla teoria degli obblighi di protezione (E. Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali di conti*, Torino, 2003, 145; F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335, 340; F. Cafaggi, *La responsabilità del professionista*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, Torino, 1998, pp. 181 ss.). Per una ricostruzione, in chiave storico - sistematica, delle teorie sugli obblighi di protezione, v. L. Lambo, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008, p. 129 ss.

In primis, si impone una precisazione: nonostante l'oggetto della nostra ricerca sembri dover condurre ad analizzare la fattispecie di una persona giuridica amministratrice di una *partnership* (considerata la corrispondente della nostra società di persone)¹⁷⁹, l'inesistenza, nel *Partnership Act* del 1890 e nel *Limited Liability Partnership Act* del 2000, di disposizioni specificamente dedicate a tale fattispecie¹⁸⁰ e, parallelamente, la presenza, nel *Companies Act* del 2006, di alcune norme riguardanti la persona giuridica amministratrice di una *company* (tendenzialmente comparabile alla nostra società di capitali), ci inducono ad esaminare queste ultime disposizioni, al fine di trarne utili elementi di confronto con il nostro ordinamento societario.

E, dopo questa precisazione, se ne prospetta subito un'altra, alla prima conseguente: ancora a differenza di quanto già visto negli altri ordinamenti stranieri considerati, nell'argomento in cui si verte non si riscontrano differenze tra *limited* e *unlimited companies*, come disciplinate dal recente *Companies Act* del 2006¹⁸¹. L'osservazione non è di scarso rilievo se si consideri

¹⁷⁹ «*Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit*» (*Definition of Partnership* 25&26 Vict.Ch.89, *Partnership Act* 1890). Esistono *partnerships* in cui tutti i membri conservano responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali e *limited partnerships* in cui i membri con responsabilità limitata per i debiti sociali non possono partecipare all'amministrazione della *partnership*. Nonostante si tenda ad effettuare paragoni tra la *partnership* e la nostra società personale e tra la *company* e la nostra società di capitali, non è possibile tuttavia asserirne una perfetta identità. È vero che già F. Pollock, *Digest of the Law of Partnership*, London, 1920, p. 10, sosteneva che «la grande, sostanziale differenza tra *partnership* e *company* è che una *partnership* è fondata sopra la personale confidenza tra i soci, e dà ad ognuno eguali diritti nella direzione dell'azienda (...). Una *commercial company* d'altro lato è, di regola, composta di una minoranza di membri attivi, gli amministratori, e di una maggioranza, i cui componenti non debbono conoscersi l'un l'altro e, come generalmente avviene, non hanno parte nell'ordinaria direzione degli affari». È altresì vero, tuttavia, che non tutte le *companies* possono genericamente equipararsi alle nostre società capitalistiche: la *unlimited company* è una società i cui membri hanno una responsabilità illimitata molto più simile a quella propria dei soci di società in nome collettivo.

¹⁸⁰ Ciononostante (o, forse, proprio per questo), non si riscontrano, in dottrina, particolari limiti ad ammettere la partecipazione di società di capitali in qualità di socie ed amministratrici di *partnerships*: Weigmann, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003.

¹⁸¹ È sufficiente, in questa sede, ricordare le due fondamentali classificazioni nel panorama societario anglosassone. La prima si fonda sul diverso regime di responsabilità dei soci, che può essere *unlimited* oppure *limited by shares* o *by guarantee*. La seconda classificazione si basa sulla presenza di requisiti peculiari della normativa inglese: ai sensi della *Section 4* del *Companies Act* 2006, la *public company* è una «*company limited by shares or limited by guarantee and having a share capital— (a) whose certificate of incorporation states that it is a public company, and (b) in relation to which the requirements of this Act, or the former Companies Acts, as to registration or re-registration as a public company have been complied with on or after the relevant date*», (*Companies Act* 2006, in www.publications.parliament.uk) mentre la *private company* è individuata, con criterio residuale, in ogni società che non si possa definire *public*. Quest'ultima distinzione, peraltro, si giustifica per le diverse esigenze economiche che i due tipi societari tendono a soddisfare, essendo la *private company* più adatta a società familiari, laddove la *public company* si rivolge ad un numero potenzialmente illimitato di soci ed, eventualmente, al pubblico risparmio.

la problematica della responsabilità per gli atti di gestione compiuti da una società amministratrice di un'altra società (di persone): abbiamo visto, infatti, che sia l'ordinamento francese che quello tedesco si preoccupano di sancire, per tale ultima fattispecie, la responsabilità solidale della società amministratrice e della persona fisica concretamente preposta, da quest'ultima, alla gestione della società di persone amministrata. Vedremo, tuttavia, come nell'ordinamento societario inglese alcune disposizioni specificamente dedicate all'eventualità che la carica di amministratore sia ricoperta da una persona giuridica sono finalizzate ad uniformare il relativo regime di disciplina alla situazione, normale, dell'amministratore – persona fisica.

Le disposizioni di riferimento sono contenute nella nuova *Section 155* del *Companies Act*, ove si ammette che le persone giuridiche amministrino società, ma si dispone altresì che la società debba avere almeno un amministratore persona fisica, precisandosi che tale requisito è soddisfatto se l'incarico di amministratore è rivestito da una persona fisica in qualità di *corporation sole* o altrimenti nominata sulla base di qualche altro incarico tra di essi intercorrente ¹⁸².

Il Legislatore inglese si preoccupa innanzitutto di far sì che a capo dell'ufficio di amministrazione vi sia almeno una persona fisica: ciò potrà avvenire sia nel caso in cui la società amministrata nomini due o più amministratori, uno dei quali sia una persona fisica, sia qualora sia nominato, come unico amministratore (eventualità possibile solo se la società amministrata sia una *private company*), una *corporation sole* (nella persona dell'unico individuo che la costituisce) o qualcuno che già ricopra, ivi, un altro ufficio. Appare chiaro, per quanto qui interessa, che una società non può essere l'unico amministratore di un'altra società ¹⁸³. La conseguenza, in caso di violazione di tale disposizione, consiste

¹⁸² *Section 155 «Companies required to have at least one director who is a natural person*

(1) A company must have at least one director who is a natural person.

(2) This requirement is met if the office of director is held by a natural person as a corporation sole or otherwise by virtue of an office».

Nel mondo anglosassone, la *corporation sole* indica una persona giuridica che, anziché essere costituita da più persone (come la *corporation aggregate*), è costituita dal solo titolare dell'ufficio (un esempio è l'Arcivescovo di Canterbury).

¹⁸³ La relazione d'accompagnamento al *Companies Act 2006* specifica che, fermo restando la necessità che almeno un amministratore sia un individuo, «*any legal person, including one that is a company or a firm, can be a director but one company cannot be the sole director of another company*» (*Companies Act 2006 – Explanatory Notes*, in www.dti.gov.uk). Nel mondo anglosassone, la *legal person* indica la capacità di essere centro di imputazione di diritti e doveri, propria sia della persona fisica che della persona giuridica: Sealy, *Cases and materials in Company Law*, London, 1992, p. 63. Come opportunamente rileva P. Manes, *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza*

nell'applicazione di una disciplina volta, *in primis*, a far sì che la *company* ripristini una situazione di legalità entro un periodo predefinito e quindi, in caso di inutile decorso del medesimo, a comminare sanzioni per la suddetta trasgressione ¹⁸⁴.

Esistono, dicevamo, disposizioni specificamente dettate per l'eventualità che amministratore sia una *legal person*, affinché quest'ultima possieda i medesimi requisiti prescritti dalla legge in capo all'amministratore – persona fisica.

Così, la *Section 157* prevede che il requisito anagrafico (compimento dei 16 anni) richiesto per la nomina ad amministratore della società debba comunque essere rispettato anche se l'ufficio di *director* sia assunto da una persona giuridica, nel senso che dovrà aver compiuto

inglese, Padova, 1999, p. 56, nota 59, «oggi il linguaggio del legislatore è molto più puntuale e distingue tra il termine «*person*» comprensivo anche della persona giuridica ed il termine «*individual*» che si riferisce esclusivamente alla persona fisica».

¹⁸⁴ *Section 156: «Direction requiring company to make appointment*

*(1) If it appears to the Secretary of State that a company is in breach of -
section 154 (requirements as to number of directors), or
section 155 (requirement to have at least one director who is a natural person),
the Secretary of State may give the company a direction under this section.*

(2) The direction must specify—

- (a) the statutory requirement the company appears to be in breach of,*
- (b) what the company must do in order to comply with the direction, and*
- (c) the period within which it must do so.*

That period must be not less than one month or more than three months after the date on which the direction is given.

(3) The direction must also inform the company of the consequences of failing to comply.

(4) Where the company is in breach of section 154 or 155 it must comply with the direction by—

- (a) making the necessary appointment or appointments, and*
- (b) giving notice of them under section 167,*

before the end of the period specified in the direction.

(5) If the company has already made the necessary appointment or appointments (or so far as it has done so), it must comply with the direction by giving notice of them under section 167 before the end of the period specified in the direction.

(6) If a company fails to comply with a direction under this section, an offence is committed by—

- (a) the company, and*
- (b) every officer of the company who is in default.*

For this purpose a shadow director is treated as an officer of the company.

(7) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale and, for continued contravention, a daily default fine not exceeding one-tenth of level 5 on the standard scale».

gli anni sedici l'individuo che rappresenti quest'ultima ¹⁸⁵. Anche la disposizione transitoria di cui alla *Section 159* (per il caso in cui sia stato nominato amministratore una persona fisica minore di anni sedici in data precedente all'entrata in vigore del divieto di cui alla *Section 157*) contempla la possibilità che ad amministrare una *company* sia chiamata una persona che occupa quell'incarico in forza di un altro ufficio già ricoperto o una *corporation sole*: anche in tale ipotesi quella persona fisica concretamente preposta all'amministrazione (che non abbia ancora compiuto i sedici anni) cesserà dall'incarico con l'entrata in vigore della *Section 157* ¹⁸⁶.

Almeno sotto questo profilo, dunque, sembra potersi trarre un argomento a favore della fattispecie società – amministratrice di altra società anche nell'ordinamento italiano: i requisiti che la legge prescrive per la nomina ad amministratori possono (e devono) essere individuati in capo alle persone fisiche concretamente preposte alla gestione anche quando l'incarico di amministrazione sia formalmente assunto da una persona giuridica (si veda, al riguardo, quanto già detto al Par. 1 del presente Capitolo, nonché quanto si dirà nel successivo Par. 4).

¹⁸⁵ *Section 155 «Minimum age for appointment as director*

(...)

3) Where the office of director of a company is held by a corporation sole, or otherwise by virtue of another office, the appointment to that other office of a person who has not attained the age of 16 years is not effective also to make him a director of the company until he attains the age of 16 years».

La disposizione, in particolare, si riferisce all'ipotesi che la carica di amministratore sia occupata da una *corporation sole* o da una persona fisica nominata in conseguenza di altro incarico già rivestito [*Companies Act 2006 – Explanatory Notes: «Subsection (3) provides that the age limit applies even if the director's appointment is a consequence of some other appointment»*], ma si può agevolmente estendere ai casi in cui sia formalmente nominata come amministratrice una persona giuridica che si avvalga di un suo organo – persona fisica.

¹⁸⁶ *Section 159: «Existing under-age directors*

(1) This section applies where—

(a) a person appointed a director of a company before section 157 (minimum age for appointment as director) comes into force has not attained the age of 16 when that section comes into force, or

(b) the office of director of a company is held by a corporation sole, or otherwise by virtue of another office, and the person appointed to that other office has not attained the age of 16 years when that section comes into force,

and the case is not one excepted from that section by regulations under section 158.

(2) That person ceases to be a director on section 157 coming into force.

(3) The company must make the necessary consequential alteration in its register of directors but need not give notice to the registrar of the change.

(4) If it appears to the registrar (from other information) that a person has ceased by virtue of this section to be a director of a company, the registrar shall note that fact on the register».

Certo, la disciplina anglosassone relativa alla *legal person* amministratrice di una *company* è più evoluta di quella corrispondente del nostro diritto societario, se non altro per il fatto che nella prima si rinvencono disposizioni specifiche dettate proprio per la registrazione di una persona giuridica amministratrice; ciò, tuttavia, dovrebbe costituire uno stimolo per l'interprete (ed, in ultima analisi, per il nostro Legislatore) a recepire, ove possibile, quella stessa disciplina.

Ci riferiamo, in particolare, alla *Section 164* del *Companies Act*, che contiene gli elementi che devono essere indicati per l'iscrizione di una persona giuridica nel registro degli amministratori della società, differenziandoli da quelli richiesti dalla *Section 163* per gli amministratori – persone fisiche.

Preliminarmente, è bene ricordare che la specificazione di tali elementi è necessaria anche per ottenere il *certification of incorporation*, a norma della *Part 2* del *Companies Act*, grazie al quale «*that body corporate is capable of exercising all the functions of an incorporated company*» [*Section 16, Subsection (3)*]: è quindi evidente che quegli stessi elementi potrebbero costituire un termine di confronto con quelli richiesti per l'iscrizione nel nostro registro delle imprese di società amministrate da altre società.

La *Section 164* richiede infatti che nel registro degli amministratori di una società, siano indicati, qualora amministratori siano persone giuridiche o aziende dotate di capacità giuridica secondo la legge loro applicabile, i seguenti dati: il nome (*rectius*: la denominazione), la sede, il registro in cui è iscritta una società straniera appartenente all'*European Economic Area* (nonché il numero di iscrizione), la forma giuridica della società o azienda e la legge alla quale esse sottostanno, e, se previsto, il registro nel quale la persona giuridica è iscritta e il numero di iscrizione¹⁸⁷.

¹⁸⁷ *Section 164: «Particulars of directors to be registered: corporate directors and firms*

A company's register of directors must contain the following particulars in the case of a body corporate, or a firm that is a legal person under the law by which it is governed—

(a) corporate or firm name;

(b) registered or principal office;

(c) in the case of an EEA company to which the First Company Law Directive (68/151/EEC) applies, particulars of—

(i) the register in which the company file mentioned in Article 3 of that Directive is kept (including details of the relevant state), and

(ii) the registration number in that register;

(d) in any other case, particulars of—

(i) the legal form of the company or firm and the law by which it is governed, and

Almeno due osservazioni in merito alle disposizioni ora riportate sono importanti al fine di un proficuo confronto con il nostro ordinamento.

Si nota, innanzitutto, che tra i dati richiesti per l'iscrizione nel *register of directors* della persona giuridica amministratrice, non compaiono quelli relativi alla persona fisica che concretamente amministrerà la *company*. Sembra questo un indizio nel senso della non necessità della nomina, da parte della persona giuridica amministratrice, di un rappresentante stabile preposto a quello specifico compito. Ciò parrebbe confermato, del resto, dalla circostanza che nelle Sezioni del *Companies Act* nelle quali si parla dell'amministratore persona giuridica, ci si riferisce alla *natural person* che concretamente amministrerà la *company* «*by virtue of another office*», richiamando un concetto di appartenenza della persona fisica alla persona giuridica che non può non inquadrarsi nell'ambito della rappresentanza organica. Questa osservazione avvalorata la conclusione, estensibile al nostro ordinamento societario, secondo la quale, ove il Legislatore (qualunque esso sia) abbia voluto imporre la nomina di un rappresentante stabile della persona giuridica amministratrice, lo ha esplicitamente fatto, in omaggio all'antico brocardo «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*»¹⁸⁸.

La seconda annotazione è strettamente connessa alla precedente e ne rappresenta, in un certo senso, una diretta conseguenza: se si ritenga, come pare preferibile, che la persona fisica legale rappresentante della persona giuridica amministratrice sia automaticamente investita dei poteri di gestione della società amministrata, si deve reputare superfluo (e non richiesto dal sistema) l'indicazione delle generalità della persona fisica, essendo sufficienti quelle relative all'ente che formalmente e giuridicamente riveste l'incarico di amministratore¹⁸⁹.

Passando ora al profilo della responsabilità della *legal person* per gli atti di gestione della *company* amministrata, non si rinviene, nel *Companies Act* (come del resto nel *Partnership Act*) alcuna specifica disposizione idonea a risolvere il dubbio in ordine alla sussistenza di solidarietà passiva dell'ente amministratore e della persona fisica concretamente investita dei poteri gestori.

(ii) *if applicable, the register in which it is entered (including details of the state) and its registration number in that register*».

¹⁸⁸ Nello stesso senso, negando l'applicazione analogica dell'art. 5 del D. Lgs. n. 240/1991 in materia di GEIE ove si contempla espressamente la nomina di un solo rappresentante, v. M. Manuli, *Persona giuridica amministratore: necessità di un rappresentante*, cit., p. 610.

¹⁸⁹ R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., p. 1208; C. Bolognesi, *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1130; F. Platania, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 202;

Tradizionalmente, il problema della responsabilità della persona giuridica è sempre stato affrontato, nella giurisprudenza di *common law* come in quella di *civil law*, nei termini opposti, ossia nell'ottica dell'imputazione delle conseguenze di un atto compiuto da una persona fisica direttamente in capo alla persona giuridica. In questo senso, l'evoluzione giurisprudenziale anglosassone ha permesso di passare dal criterio generale di imputazione della responsabilità civile basato sul concetto della responsabilità indiretta a quello, incentrato sul rapporto organico tra amministratore e società, volto a svelare una responsabilità diretta dell'ente stesso ¹⁹⁰. Il rischio che una simile ricostruzione venga strumentalizzata dai *directors* per sottrarsi alle negative conseguenze in caso di negligente gestione, è stato contrastato dal sistema britannico prevedendo sia un'azione di responsabilità esercitabile dalla società verso gli amministratori, sia – novità importante del *Companies Act 2006* – una *derivative action*, ossia un'azione di responsabilità sociale promossa, nei confronti degli stessi, da uno o più soci ¹⁹¹. Appare piuttosto evidente che, anche nel rinnovato diritto societario inglese, «è la società – e non i singoli soci – ad essere l'unico soggetto nei confronti del quale gli amministratori devono rispettare i propri doveri» ¹⁹², non prevedendosi espressamente un'azione individuale del socio contro gli amministratori, a differenza di quanto avviene nell'art. 2395 del nostro codice civile.

Quanto detto assume una rilevanza fondamentale anche nel contesto del nostro tema di ricerca, poiché appare chiaro che, se il Legislatore d'Oltremania ha mostrato di concepire la società, intesa come *corporation* distinta dai soci che la compongono, come unico “interlocutore” del *Board of Directors*, ciò dovrà valere anche nella fattispecie di una società amministrata da un'altra società. Cioè, quel rapporto organico che lega l'amministratore persona fisica alla società amministrata (e che fa sì che il primo risponda solo alla seconda) si ripropone intatto anche nell'eventualità che una società sia amministrata, per il tramite di un individuo, da una persona giuridica.

¹⁹⁰ Ci si riferisce, evidentemente, alla teoria, originariamente definita “*alter ego doctrine*”, che riferendo gli stati psicologici soggettivi dei dirigenti di società alla medesima *company*, finisce per immedesimare l'ente con il soggetto che agisce per esso: per una ricostruzione di questa dottrina, con richiami ai casi giurisprudenziali, v. P. Manes, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

¹⁹¹ Sui requisiti di esercizio dell'azione e per un inquadramento generale dei nuovi *dutes* degli amministratori, v. M.L. Vitali, *I doveri degli amministratori e la protezione degli azionisti alla luce del nuovo diritto societario inglese*, in *Riv. Soc.*, 2008, p. 210 ss., nonché P. De Gioia Carabellese, *I doveri dei «members» del «Board of Directors» e le relative responsabilità in Regno Unito alla luce del nuovo Companies Act 2006*, in *Società*, 2009, p. 784 ss.

¹⁹² M.L. Vitali, *op. ult. cit.*, p. 243.

La persona giuridica è amministratrice della società e risponde verso questa per le conseguenze degli atti di gestione posti in essere (per il tramite del rapporto organico) dal suo amministratore; l'amministratore, a sua volta, proprio perché legato da rapporto organico (solo) con la persona giuridica, sarà esposto ad azione di rivalsa, esercitabile da quest'ultima, qualora abbia posto in essere atti di *mala gestio* che abbian danneggiato (anche) il patrimonio della persona giuridica amministratrice (gravata della responsabilità diretta verso la società amministrata).

Ragionare diversamente, cioè ipotizzare la responsabilità solidale, verso la *company* amministrata, della *legal person* amministratrice e del *director* persona fisica che concretamente amministra, significherebbe introdurre un'azione di responsabilità diretta che il Legislatore inglese non ha previsto nemmeno in riferimento ai rapporti tra amministratori e singoli soci.

Certo, la ricostruzione cui si aderisce potrebbe esser ritenuta insoddisfacente sotto il profilo della tutela della *company* (e dei suoi creditori) amministrata da una persona giuridica, ma la correttezza della stessa parrebbe esser confermata proprio da una malcelata preoccupazione del Legislatore d'Oltremania nella disciplina contenuta nella *Section 155 del Companies Act*. Ivi si prevede, come già accennato all'inizio del paragrafo, che almeno un amministratore debba esser una persona fisica, con ciò trapelando il timore che l'amministratore unico – persona giuridica non dia sufficienti garanzie in ordine alla responsabilità patrimoniale per gli atti di gestione.

In ogni caso, non si è preteso, in questo paragrafo, di risolvere problemi pratici connessi ad una possibile garanzia patrimoniale deficitaria, ma si è voluto solamente evidenziare analogie e differenze tra istituti degli ordinamenti stranieri ed istituti nazionali; sotto questo profilo, riteniamo che il descritto regime di responsabilità della *legal person* amministratrice di una *company* presenti una non trascurabile affinità con quello nazionale della società amministratrice di altra società.

Paragrafo 4 – Il modello di amministrazione del G.E.I.E.

L'esame della disciplina comunitaria e nazionale in materia di amministrazione del Gruppo Europeo di Interesse Economico assume rilevanza sotto un duplice profilo, quello di argomentazione a favore dell'ammissibilità, in generale, della fattispecie società -

amministratrice di altra società, e quello relativo alla (eventuale) applicabilità analogica di siffatta disciplina alla fattispecie ora menzionata.

Si procederà ad una breve descrizione delle caratteristiche salienti dell'amministrazione del G.E.I.E. con riferimento alla nomina di una persona giuridica come amministratore, passando poi all'individuazione delle affinità e delle differenze tra il modello del G.E.I.E. e delle nostre società (in particolare di quelle personali), per concludere con la valutazione circa il possibile utilizzo della tecnica dell'applicazione analogica.

L'art. 19, par. 2, del Regolamento del Consiglio delle Comunità Europee n. 2137/85 del 25 luglio 1985¹⁹³, istitutivo del Gruppo Europeo di Interesse Economico, prevede la possibilità che uno Stato membro consenta che un G.E.I.E. iscritto nei suoi registri sia amministrato da una persona giuridica, la quale dovrà, all'uopo, nominare uno o più rappresentanti persone fisiche. Queste ultime, la cui nomina dovrà essere indicata nel contratto di gruppo iscritto nei registri dello Stato in cui il G.E.I.E. ha sede, sono soggette alle cause di ineleggibilità e incompatibilità previste in generale dal par. 1 dell'art. 19 Regolamento CEE, nonché alla responsabilità che incomberebbe loro se fossero titolari "in proprio" della funzione amministrativa.

L'Italia, al pari di numerosi altri Paesi comunitari¹⁹⁴, ha sfruttato tale possibilità, prevedendo all'art. 5 del D. Lgs. 23 luglio 1991, n. 240¹⁹⁵, che «può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da esso designato». Il 2° comma dello stesso articolo, uniformandosi alle direttive contenute nel Regolamento CEE, stabilisce altresì che «devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore, nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato». Il 3° comma accentua la "rigidità" del sistema, disponendo innanzitutto, in conformità alla disciplina comunitaria, che «il rappresentante assume gli stessi

¹⁹³ Pubblicato in G.U.C.E. n. L199 del 31 luglio 1985.

¹⁹⁴ Tra cui Gran Bretagna, Francia, Spagna, Grecia; non hanno accolto l'opzione, tra gli altri, Germania e Danimarca.

¹⁹⁵ Decreto recante «Norme per l'applicazione del regolamento n. 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico – GEIE, ai sensi dell'art. 17 della L. 29 dicembre 1990, n. 428», pubblicato in G.U.R.I. n. 182 del 5 agosto 1991. Nonostante nella rubrica del provvedimento si parli di "applicazione" del Regolamento comunitario, A. Rossi, *Il GEIE nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998, p. 29, ha opportunamente rilevato come in realtà si tratti di una «semplice integrazione, considerata l'importanza dei rinvii alla legge nazionale che può far dubitare dell'effettiva unicità ed uniformità di disciplina del GEIE» (corsivo nostro). L'opinione è certamente condivisibile anche alla luce di alcune scelte del Legislatore italiano, in questa materia, maggiormente limitative dell'autonomia privata rispetto a quelle previste dal Legislatore comunitario.

obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche» e quindi – in aggiunta a quanto disposto dal Regolamento CEE – che sussiste una responsabilità solidale della persona giuridica amministratore. In effetti, in merito a quest'ultimo aspetto, si è acutamente rilevata la presenza, nella normativa comunitaria, di un «vizio tautologico», giacchè «il rappresentante è responsabile come se fosse amministratore in proprio, manca però la disciplina applicabile alla responsabilità degli amministratori»¹⁹⁶: non si dubita, tuttavia, che gli amministratori siano solidalmente responsabili verso il gruppo secondo le norme sul mandato, discutendosi semmai sull'azione esperibile al riguardo¹⁹⁷.

Prima di passare ad esaminare nel dettaglio alcune delle succitate disposizioni, occorre chiedersi – come del resto ha già fatto buona parte della dottrina – se la scelta del Legislatore italiano di consentire che il G.E.I.E. sia amministrato da una persona giuridica sia o meno esplicitativa della possibilità di ammettere, più in generale, la fattispecie della persona giuridica amministratrice di enti, in particolare di quelli societari.

Al riguardo, non devono trarre in inganno le innegabili differenze - delle quali si dirà in seguito – tra il fenomeno del G.E.I.E. e le società, giacchè esse rilevano, al più, al fine della valutazione in merito all'utilizzabilità della tecnica dell'analogia *legis* o *iuris*; qui si vuole, innanzitutto, esprimere un'opinione introduttiva sul problema dell'ammissibilità della persona giuridica amministratrice di società.

A noi pare, col conforto di larga parte della dottrina¹⁹⁸, che la scelta del Legislatore italiano di avvalersi di una possibilità concessa dalla normativa comunitaria rappresenti un segno non

¹⁹⁶ A. Mongiello, *Il gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVII, Padova, 1994, p. 341.

¹⁹⁷ Ritengono applicabile analogicamente l'azione *ex art.* 2393 c.c., P. Masi, *Il Gruppo europeo di interesse economico*, Torino, 1994, p. 109 e, a quanto ci consta, criticamente, A. Mongiello, *op. cit.*, p. 342. *Contra*, A. Rossi, *op. cit.*, p. 221, il quale invoca l'applicazione delle norme dettate per le società di persone. Resta esclusa la possibilità per i creditori del G.E.I.E. di agire direttamente *ex art.* 2394 nei confronti degli amministratori: A. Mongiello, *ibidem*; A. Rossi, *op. cit.*, p. 222.

¹⁹⁸ Scrive V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1326: «La disposizione del testo relativo al GEIE è, tuttavia, significativa, perché manifesta la disponibilità del legislatore a considerare la struttura di una persona giuridica compatibile con la funzione di amministratore di un gruppo di soggetti». V. altresì M. Frascati, *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, cit., p. 44; A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, cit., p. 14. Considera la disciplina del G.E.I.E. un modello da seguire, anche tramite una (più che discutibile) applicazione analogica, la Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.: «sembra infatti innegabile l'*eadem ratio* di tali norme, rispetto alla questione in esame, posto che, sia nelle ipotesi da esse regolate, sia nel caso di amministratore persona giuridica di società di capitali, la finalità consiste nel consentire lo svolgimento della funzione gestoria dell'ente collettivo, garantendo la soddisfazione delle medesime esigenze, anche di tutela dei terzi e dei partecipanti all'ente, tenute in considerazione dalla disciplina legislativa prevista per gli amministratori persone fisiche».

trascurabile del *favor* per la fattispecie, generale, della persona giuridica amministratrice. L'esigenza (o la finalità) che potrebbe giustificare tale scelta, ossia l'affidamento della gestione di un gruppo di soggetti a società di consulenza specializzate è stata del resto evidenziata anche da chi ha negato che il modello di amministrazione del G.E.I.E. potesse rappresentare una base per l'introduzione, nell'ordinamento societario italiano, della figura dell'amministratore persona giuridica ¹⁹⁹. A quest'ultima tesi negazionista è stato opportunamente obiettato come sembrano essere cadute le tradizionali argomentazioni ostative alla nomina di una persona giuridica in qualità di amministratore di una società: «quella della competenza assembleare (anche nel G.E.I.E. la nomina e la revoca degli amministratori è di competenza del gruppo dei membri); quella della responsabilità verso la società (che certamente sussiste anche nel G.E.I.E.) e quella dell'*intuitus personae* connesso all'assunzione di cariche amministrative (anche la scelta degli amministratori del G.E.I.E. è, ovviamente, espressione di fiducia)» ²⁰⁰. E, ove non sia rinvenibile – come pare – all'interno del nostro ordinamento societario, una qualche disposizione esplicitamente ostile alla fattispecie della persona giuridica amministratrice di società, l'art. 5 del D. Lgs. n. 240/1991 non potrebbe certo esser considerata norma eccezionale ²⁰¹.

L'asserito argomento favorevole alla fattispecie *de qua* non autorizza, tuttavia, a trascurare le differenze strutturali tra il G.E.I.E. e le varie tipologie societarie, differenze che potrebbero ostare, da un lato, all'attribuzione della gestione ad una persona giuridica e, dall'altro, all'estensione analogica della disciplina dettata, in *subiecta materia*, per il G.E.I.E.

Così, evidenziata innanzitutto l'impossibilità di comparare il G.E.I.E. con la struttura societaria in generale ²⁰², esistono alcune specificità che valgono a distinguere il G.E.I.E., in particolare, dalle società personali, con effetti sulla tematica oggetto della nostra ricerca.

La principale peculiarità concerne il fatto che, mentre ad amministrare il G.E.I.E. può essere chiamato anche un soggetto estraneo al Gruppo stesso ²⁰³, ciò non può accadere – secondo

¹⁹⁹ P. Masi, *op. cit.*, p. 109.

²⁰⁰ A. Nigro, *op. cit.*, p. 14. Per l'esame approfondito di tali argomenti si rimanda al paragrafo 2 del presente Capitolo.

²⁰¹ Riflessione di V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di società*, cit., p. 1326.

²⁰² Il G.E.I.E. è un fenomeno di collaborazione imprenditoriale tra soggetti dell'Unione europea, una struttura organizzativa di secondo grado non equiparabile ad una società: «caratteristica fondamentale dell'istituto in esame è l'ausiliarità dell'operato dello stesso nei confronti delle attività svolte dai membri in proprio, sì che non può darsi in un contratto di GEIE la messa in comune di tutte le attività dei membri, con il superamento delle loro specificità, in maniera analoga a quanto avviene nelle fattispecie societarie» (A. Rossi, *op. ult. cit.*, p. 5).

²⁰³ A. Rossi, *op. ult. cit.*, p. 215; P. Masi, *op. cit.*, p. 105; A. Mongiello, *op. ult. cit.*, p. 312.

l'opinione tradizionale (come si vedrà meglio al Capitolo III) – nelle società di persone, dove soltanto i soci possono essere (e sono *naturaliter*) amministratori. Ne discende che, almeno sotto questo profilo, non sarà possibile l'applicazione analogica del 1° co. dell'art. 5 del D. Lgs. n. 240/1991, essendo diverse le premesse tipologiche del G.E.I.E. amministrato da una persona giuridica e della società personale amministrata da una società di capitali. Si ritiene infatti che nella prima fattispecie, il rappresentante designato dalla persona giuridica sia un mandatario con rappresentanza, che agisce in nome e per conto della stessa²⁰⁴, mentre, come abbiamo già visto, nelle società personali il rapporto che lega la società agli amministratori non può definirsi, semplicemente, come rapporto di mandato. Né sarebbe lecito definire come tale il rapporto che dovrebbe legare la società di capitali (amministratrice della società di persone) alla persona fisica concretamente investita dell'amministrazione, giacché una tale configurazione realizzerebbe un risultato alquanto discutibile sotto due profili. Innanzitutto si finirebbe per legittimare la delega della funzione gestoria ad un soggetto diverso dall'organo amministrativo della società di capitali, con conseguente pericolo di esautoramento di quest'ultimo dai propri poteri²⁰⁵; in secondo luogo, la persona fisica mandataria della società di capitali gestirebbe la società di persone come *terzo estraneo* a quest'ultima, mettendo in crisi il principio per cui nelle società personali amministratori possono essere solo i soci.

Ma la circostanza che nel G.E.I.E. amministratori possano essere anche soggetti estranei può fornirci un'utile chiave di lettura della responsabilità solidale che, ai sensi dell'art. 19, 2° co., Reg. CEE n. 2137/85, e dell'art. 5, 3° co., D. Lgs. n. 240/1991, grava sulla persona giuridica amministratrice del Gruppo e sulla persona fisica designata come rappresentante di quest'ultima. La *ratio* che ha indotto il Legislatore comunitario (e quindi, ad esso adeguandosi, quello italiano) a sancire tale responsabilità solidale sembra essere la medesima già ravvisata nell'ordinamento francese a proposito della *société en nom collectif* amministrata da una *personne morale* (v. meglio il par. 3.1). Se infatti la persona giuridica amministratrice del G.E.I.E. non è un membro del Gruppo, essa non sarà assoggettata alla

²⁰⁴ A. Mongiello, *op. ult. cit.*, p. 341; R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., 1207. Parla di «mandato con rappresentanza a favore di terzo» anche P. Masi, *op. cit.*, p. 108.

²⁰⁵ Eventualità ripudiata dalla giurisprudenza prevalente, che ammette che gli amministratori conferiscano procure *ad negotia*, conservando tuttavia i poteri di direzione ed organizzazione dell'attività sociale: Cass., 23.4.1975, n. 1581, in *Giur. comm.*, 1975, II, 575; Cass., 6.1.1982, n. 18, in *Società*, 1982, 542; App. Bologna, 16.12.1988, in *Giur. comm.*, 1991, II, 56; Trib. Bologna, 10.10.1989, in *Società*, 1989, 1379. In dottrina, v. V. Calandra Buonauro, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, in *Trattato delle s.p.a.*, a cura di Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, p. 124 ss.; F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 100 ss.; Id., *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 13.

responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni di questo con la conseguenza che contro di essa sarà esperibile l'ordinaria azione di responsabilità (da parte del G.E.I.E.) per inadempimento degli obblighi del mandatario, restando invece esclusa l'ammissibilità di un'azione diretta dei creditori sociali. Ed è vero che gli altri membri del G.E.I.E. rispondono comunque illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni di quest'ultimo ²⁰⁶, ma è altresì vero che essi potrebbero a loro volta essere società di capitali, e dunque con responsabilità limitata al loro patrimonio. Sembra quindi che, in presenza di una persona giuridica amministratrice (che risponde verso il G.E.I.E. nei limiti del proprio patrimonio), la responsabilità solidale del rappresentante stabile della persona giuridica operi come baluardo in difesa dello stesso G.E.I.E., più che dei suoi creditori, i quali non possono agire direttamente nei confronti della persona giuridica amministratrice né nei confronti del suo rappresentante. Ne esce così ridimensionata la rigidità della responsabilità congiunta della persona giuridica amministratrice e del suo rappresentante: quest'ultimo risponde verso il G.E.I.E. come mandatario, per inosservanza della diligenza richiesta nella gestione. Ma, evidentemente, una tale soluzione non sembra importabile alla nostra fattispecie di una società di persone amministrata da una società di capitali: innanzitutto perché la persona fisica concretamente preposta alla gestione non sarebbe comunque da considerarsi un mandatario della società di capitali (formalmente amministratrice), in secondo luogo mancherebbe comunque la *ratio* della configurazione di una siffatta responsabilità, poiché, secondo la migliore ricostruzione, la società di capitali amministratrice dovrebbe necessariamente essere socia della società di persone e rispondere illimitatamente (entro il proprio patrimonio) delle obbligazioni sociali.

Insomma, ci pare che la responsabilità solidale della persona giuridica amministratrice del G.E.I.E. e del suo rappresentante persona fisica sia stata sancita *ad hoc* dal legislatore, giacché, intercorrendo tra i due soggetti un rapporto non di amministrazione ma di mandato, è sorta l'esigenza di "responsabilizzare" il mandatario della persona giuridica amministratrice ²⁰⁷.

E le differenze tipologiche tra la fattispecie della persona giuridica amministratrice del G.E.I.E. e quella della società di capitali amministratrice di una società di persone ostano

²⁰⁶ Art. 24 Reg. CEE n. 2137/85. Tale responsabilità rappresenterebbe un «correttivo di perequazione» alla libera discrezionalità dei membri del G.E.I.E. circa la costituzione o meno di un patrimonio autonomo (A. Mongiello, *op. cit.*, p. 353).

²⁰⁷ Così anche M. Manuli, *Persona giuridica amministratore: necessità di un rappresentante*, cit., p. 613, nt. 13.

anche all'accoglimento, quale principio generale, della necessità di nominare una persona fisica come rappresentante stabile dell'ente amministratore, investita concretamente delle funzioni gestorie. Innanzitutto, la necessità di nominare *un solo* rappresentante stabile è il frutto di una precisa scelta del legislatore italiano, che ha recepito in modo particolarmente rigoroso il dettato del legislatore comunitario, il quale non ha posto limiti al numero di persone fisiche rappresentanti della persona giuridica amministratrice. Certo la scelta è stata determinata dall'esigenza di render noto ai terzi il soggetto che concretamente può impegnare il Gruppo, evitando, per quanto possibile, che più persone fisiche rappresentino, in modo divergente, la persona giuridica amministratrice. Una tale soluzione, seppur possa apparire utile a questo limitato fine, non è tuttavia idonea, di per sé, a dipanare la questione relativa ai possibili "conflitti di gestione" che possono sorgere quando una società di capitali ne amministri una di persone. Innanzitutto, resta ferma la possibilità che ogni amministratore della società di persone (e cioè, se non disposto diversamente, ogni socio a responsabilità illimitata) agisca all'insaputa ed anche contrariamente agli altri amministratori, inoltre, sul versante interno, la nomina di un rappresentante stabile della persona giuridica non risolve il problema relativo alla formazione della volontà decisionale. Si è già parlato (par. 2.7) delle concrete difficoltà che si creerebbero qualora una s.r.l. con sistema amministrativo disgiuntivo fosse socia ed amministratrice di una società di persone; in tal eventualità, la nomina di un rappresentante stabile della s.r.l. dovrebbe essere accompagnata da una clausola statutaria che prevedesse quantomeno l'obbligo di comunicazione preventiva (a tutti gli altri amministratori) di alcune importanti operazioni. Diversamente il regime di amministrazione disgiuntiva opererebbe comunque sul versante interno del potere di gestione, dando luogo ad una dissociazione tra quest'ultimo (che spetterebbe a ciascun amministratore) ed il potere di rappresentanza (conferito ad una sola persona fisica)²⁰⁸.

Ci pare pertanto che dalla regolamentazione complessiva del G.E.I.E. sia possibile trarre un conforto circa la possibilità che una persona giuridica amministri (anche) una società di persone, essendo ormai tramontati alcuni argomenti contrari; tuttavia non crediamo, per i motivi ricordati, che la disciplina del G.E.I.E., in particolare quella riferita alla nomina di una

²⁰⁸ Per quanto riguarda il G.E.I.E. invece, fermo restando che l'art. 20 Reg. CEE n. 2137/85 attribuisce ad ogni amministratore il potere di agire disgiuntamente in nome e per conto del Gruppo, è discusso se, dal punto di vista dell'assunzione delle decisioni, gli amministratori debbano operare collegialmente, con applicazione analogica dell'art. 2388 per il c.d.a. della s.p.a. (F. Fimmanò, *Il Gruppo Europeo di Interesse Economico: un istituto per la cooperazione transfrontaliera*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, p. 301) oppure possano decidere in piena autonomia, *ex art.* 2257 (A. Rossi, *op. ult. cit.*, p. 219; A. Mongiello, *op. cit.*, p. 319).

persona fisica come rappresentante stabile della persona giuridica amministratrice e quella relativa alla responsabilità solidale dei due soggetti, sia suscettibile di applicazione analogica alle società di persone amministrate da società di capitali.

Paragrafo 5 – Le opportunità della disciplina della Società Europea.

Un'altra fonte normativa sovranazionale, alla quale si rifanno i sostenitori dell'ammissibilità della fattispecie società – amministratrice di altra società, è rappresentata dalla disciplina relativa alla Società europea (S.E.) e alla Società cooperativa europea (S.C.E.).

L'art. 47, Regolamento CE 8.10.2001, n. 2157²⁰⁹, e l'art. 46, Regolamento CE 22.7.2003, n. 1435, rispettivamente per la S.E. e la S.C.E., consentono, salva diversa disposizione normativa dello Stato in cui è posta la sede sociale, che lo statuto preveda che una società sia membro di un organo e, ai fini dell'esercizio dei relativi poteri, nomini un rappresentante persona fisica. Il solo art. 46 Reg. CE n. 1435/2003 precisa, per la S.C.E., che «il rappresentante è soggetto alle stesse condizioni e agli stessi obblighi a cui sarebbe soggetto se fosse personalmente membro dell'organo».

Per quanto sia condivisibile l'affermazione secondo la quale la normativa in materia di S.E. e di S.C.E., aggiungendosi a quella sul G.E.I.E., conferma che, a livello comunitario, la possibilità di nominare amministratore di una società una persona giuridica «è ormai considerata la regola, da applicare salvo espressa disposizione contraria»²¹⁰, non deve essere sopravvalutata la portata applicativa della disciplina in questione, in quanto essa si connota pur sempre di certi requisiti di specialità, difficilmente rinvenibili nell'ordinamento societario interno.

A noi pare, come già osservato al cap. I, par. 1, che la fonte comunitaria in oggetto debba considerarsi “neutra” ai fini della soluzione del problema dell'ammissibilità della persona giuridica – amministratore, in quanto essa, pur testimoniando il *favor* del legislatore europeo

²⁰⁹ Entrato in vigore l'8.10.2004; per un commento sintetico, v. Bolognesi, *La Società europea (SE) al debutto: ma ci sarà concreta attuazione*, in *Impresa*, 2005, p. 642 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. L'Italia, con D. Lgs., 19.8.2005, n. 188 ha finalmente dato attuazione alla direttiva 2001/86/CE di completamento dello statuto della S.E. per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.

²¹⁰ A. Nigro, *op. cit.*, p. 15.

per la tesi positiva ²¹¹, non riceve un diretto riscontro attuativo nell'ordinamento nazionale, a differenza di quanto è avvenuto in materia di G.E.I.E. con il D. Lgs. 23 luglio 1991, n. 240.

In particolare, non possono essere considerati, quali principi generali validi anche per le società (di persone) nazionali, quello della necessaria nomina di una persona fisica in rappresentanza stabile della persona giuridica amministratrice e quello dell'assoggettamento della suddetta persona fisica alle stesse responsabilità come se essa fosse personalmente membro dell'organo amministrativo ²¹².

In primo luogo, la S.E. e la S.C.E. sono strutturate sui modelli rispettivamente di una s.p.a. e di una cooperativa, per cui è palese la differenza che intercorre rispetto alle nostre società personali. Si è scritto, giustamente, con riferimento alla prima peculiarità della nomina di un rappresentante persona fisica, che «sia nell'ipotesi di SE che di SCE, l'imposizione dell'obbligo di procedere a tale ulteriore *designazione*, oltre che soddisfare mere esigenze pubblicitarie, risponde pienamente a quelle che sono le caratteristiche proprie del modello corporativo di società» ²¹³. In effetti, se per quanto riguarda il G.E.I.E. si discute in dottrina sulla sua maggiore vicinanza al modello delle società capitalistiche o a quello delle società personali, con conseguenze opposte in merito all'applicabilità, in via integrativa, dell'una o dell'altra disciplina ²¹⁴, dubbi non vi possono essere, invece, circa l'applicazione della disciplina integrativa alla S.E. e alla S.C.E.: quanto alla prima, l'art. 9 Reg. CE n. 2157/2001 fa richiamo alla normativa statale sulle s.p.a., quanto alla seconda, l'art. 8 Reg. CE n. 1435/2003 rinvia alla normativa statale sulle cooperative. La mancata corrispondenza tra il regime proprio della S.E. e della S.C.E., da un lato, e quello delle società personali, dall'altro, opera in senso bidirezionale: alle prime non possono applicarsi principi generali dell'ordinamento precipuo delle seconde e viceversa. Già questa argomentazione basterebbe a negare, su di un piano logico, l'operazione ermeneutica della riferibilità alla fattispecie della società di persone amministrata da una di capitali, dell'obbligo, in capo a quest'ultima, di nominare un rappresentante persona fisica ai fini dell'esercizio del potere gestorio.

Ma anche l'altro istituto cui si è in precedenza accennato, ossia quello relativo all'assoggettamento del rappresentante della persona giuridica agli obblighi e alle

²¹¹ In un certo senso, la previsione normativa comunitaria costituisce un "atto dovuto", considerata la sua diretta applicabilità negli Stati membri, alcuni dei quali consentono esplicitamente la nomina di una società quale amministratore di altra società.

²¹² Disposizione quest'ultima che – come già visto – è espressamente sancita solo per le S.C.E.

²¹³ R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, cit., p. 1208, nt. 19.

²¹⁴ V., in particolare, la nota 208.

responsabilità come se egli stesso fosse membro dell'organo amministrativo, non pare possa essere elevato a principio generale estensibile al di fuori del contesto in cui esso opera, sol che si consideri che tale regola, anche in ambito comunitario, non trova un'applicazione uniforme, visto che essa è dettata per la S.C.E. (e per il G.E.I.E.), ma non per la S.E.²¹⁵. E tantomeno essa può essere trasposta nell'universo, totalmente differente, delle società personali amministrate da società di capitali (v. già il par. 2.5).

Resta da vedere, allora, quali siano le reali opportunità offerte dalla disciplina della S.E. con riferimento alle possibili aperture interpretative sul tema *de qua*.

Se si parte dalla considerazione che «le società europee tenderanno a essere costituite in Stati aventi la legislazione più favorevole ai propri interessi», è chiaro che lo «shopping legislativo»²¹⁶ finirà per premiare quei Paesi membri che offriranno maggiori *chances* in ordine alla fruibilità dei modelli di *governance* previsti nei Regolamenti comunitari e delle loro diverse configurazioni. In tutto ciò, la possibilità che una persona giuridica entri a far parte di un organo (amministrativo) della società rappresenta sicuramente un valore aggiunto, idoneo a convogliare capitali verso il territorio nazionale ove è posta la sede sociale.

Fin qui niente di nuovo all'evidenza. Ma c'è qualcosa di più, che può tornare utile ai nostri fini.

Si tratta della possibilità, prospettata dalla migliore dottrina, di realizzare un collegamento biunivoco tra la S.E. e il nostro modello di società azionaria: «non solo dalla s.p.a. alla S.E., per completarne la disciplina ove mancante, ma pure dalla S.E. alla s.p.a., per retamente interpretare e meglio comprendere alcuni aspetti innovativi introdotti dalla riforma societaria, sullo sfondo di un opportuno trattamento non discriminatorio di modelli azionari concorrenziali»²¹⁷. Ciò sarebbe avvalorato, innanzitutto, dal fatto che il Legislatore italiano, nel riformare il diritto societario, si è ispirato anche al Regolamento n. 2157/2001, ma soprattutto dal necessario rispetto del principio di non discriminazione, tale per cui «gli Stati membri sono tenuti a fare in modo che le disposizioni applicabili alla S.E. non ne comportino una differenza di trattamento ingiustificato (...) a danno delle s.p.a. locali e a vantaggio delle S.E. costituente sul medesimo territorio (...). Ciò significa che per ora non è dato di attribuire alle S.E., al di là di quanto direttamente preveda il Regolamento, uno spazio di autonomia

²¹⁵ In tal senso anche L. Autuori, *Commento all'art. 2361*, in *Commento alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008, p. 755 s.

²¹⁶ Entrambi i virgolettati si devono a G. Arnò – S. Cancarini, *La società europea*, Milano, 2007, p. 18.

²¹⁷ G. A. Rescio, *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 974.

(non solo minore, ma neanche) maggiore di quello riconosciuto alle s.p.a. locali»²¹⁸. Così ragionando, la disposizione comunitaria secondo la quale lo statuto della S.E. può consentire che una persona giuridica faccia parte dell'organo amministrativo della società, dovrebbe (e non solo potrebbe) esser considerata come opportunità valevole anche per le s.p.a. italiane²¹⁹. Ma anche ammesso che l'interpretazione teleologica della disciplina della S.E., finalizzata in ultima analisi a promuovere la competitività tra gli ordinamenti statali, sia idonea a fondare l'analogia *iuris* con la s.p.a. di diritto interno (consentendo a quest'ultima di nominare un amministratore – persona giuridica)²²⁰, non vediamo come ciò possa riflettersi in modo diretto ed immediato sul diverso sistema delle società di persone. Si è già detto, infatti (v. il par. 2), che alcuni argomenti ostativi alla fattispecie della società di persone amministrata da una di capitali (in particolare, quello dell'*intuitus personae* e quello della responsabilità illimitata dell'amministratore) sono propri delle sole società personali, per cui eventuali deduzioni favorevoli all'ammissibilità della persona giuridica amministratrice di una società di capitali, tratte dalla normativa comunitaria relativa alla S.E., non sembrano poter incidere direttamente ai fini del superamento delle suddette argomentazioni contrarie²²¹. Beninteso, non si sta discutendo qui circa la convenienza o meno dell'applicabilità delle soluzioni previste dal Reg. CE n. 2157/2001 alle società di persone amministrate da società di capitali. È chiaro che la nomina di un rappresentante stabile – persona fisica da parte della società di capitali amministratrice favorirebbe la certezza delle situazioni giuridiche nei rapporti coi terzi, ma tale soluzione da un lato appare non indispensabile perché non imposta da un dato

²¹⁸ G. A. Rescio, *op. cit.*, pp. 985 s.

²¹⁹ In caso contrario, si verificherebbe «non già una differenza di trattamento tra la s.p.a. e la S.E., ma – e ciò è ben più grave nella prospettiva della specifica concorrenza tra ordinamenti innescata dall'intervento comunitario in esame – tra la S.E. con sede in Italia e quella con sede, ad esempio, in Olanda o in Gran Bretagna, in quanto qui il Regolamento fa salvo l'eventuale divieto disposto dal diritto interno per le s.p.a. locali» (G. A. Rescio, *op. cit.*, p. 973, nt. 15). Lo stesso discorso dovrebbe valere per le società cooperative europee, a seconda del Paese in cui esse trovano sede: per evitare di far perdere posizione concorrenziale al nostro ordinamento, sarebbe necessario accogliere l'interpretazione maggiormente “liberale” dell'art. 2542, 2° comma, come illustrata nel Par. 2 del Cap. II (analogamente v. A. Cetra, *La persona giuridica amministratore nelle società*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 126, nota 69).

²²⁰ Nel Capitolo I, paragrafo 1, in fine, si è ipotizzato un più ridotto effetto dell'applicazione della disciplina del Regolamento n. 2157/2001, nel senso di ritenere che una s.p.a. italiana possa giovarsi dell'opzione amministrativa in oggetto soltanto fondendosi con una s.p.a. straniera e dando vita ad una S.E. con sede nel territorio di uno Stato membro che esplicitamente contempli la fattispecie della società amministratrice di altra società.

²²¹ Di diverso avviso G. A. Rescio, *op. cit.*, p. 973, per il quale «la soluzione adottata per la S.E. (...) ben si sposerebbe con la implicita ammissione di società di capitali socie e amministratrici di società di persone da parte dell'art. 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione e transitorie».

normativo, e dall'altro essa dovrebbe conciliarsi con l'indelegabilità (totale) delle funzioni amministrative da parte dell'ente che formalmente è amministratore. Quanto all'altra soluzione comunitaria (peraltro dettata esplicitamente soltanto con riguardo alla S.C.E.), concernente l'imputazione degli obblighi e delle responsabilità inerenti alla carica amministrativa alla persona fisica – rappresentante della persona giuridica membro dell'organo amministrativo, essa non pare confacente alla nostra ricostruzione in merito alla responsabilità patrimoniale del soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) che, rivestendo formalmente l'incarico di amministratore, agisce in nome e per conto della società personale²²².

Ne discende, a nostro sommosso avviso, che l'opportunità offerta dalla disciplina comunitaria relativa a S.E. e S.C.E. sembra debba esser circoscritta agli sviluppi ermeneutici che ne possono derivare in materia di s.p.a. italiane²²³, senza che quanto finora detto possa influenzare l'interprete nella ricerca sul modello della società personale amministrata da una società di capitali e sulla relativa regolamentazione.

²²² V. già il par. 2.5 ed, in particolare, la nota 117 per quanto riguarda la proposta di prevedere statutariamente la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore e la persona fisica concretamente preposta da quest'ultima alla gestione della società di persone. Dello stesso parere, A. Nigro, *op. cit.*, p. 15, secondo cui l'imputazione dei doveri e delle responsabilità alla persona fisica nominata come rappresentante della società di capitali amministratrice «lascia in un pesante cono d'ombra, denso di incognite, sia i rapporti fra società "amministrata" ed ente "amministrante" (...) sia, anche, il rapporto fra ente amministrante e persona fisica da questo designata».

²²³ G. A. Rescio, *op. cit.*, p. 986 considera giustamente la S.E. come «un volano per il continuo aggiornamento competitivo delle norme sul diritto locale delle società azionarie, come di fatto è avvenuto per la nostra riforma societaria».

Capitolo III

Il problema dell'amministratore – non socio nelle società di persone e le sue “interferenze” con quello dell'amministratore – persona giuridica

Sommario: Paragrafo 1 – Premessa: ricognizione delle tesi esistenti; - Paragrafo 2 - La soluzione “obbligata” per le s.a.s.; - Paragrafo 3 – Le problematiche nelle società semplici; - Paragrafo 4 – Alcuni dubbi per le società in nome collettivo.

Paragrafo 1 – Premessa: ricognizione delle tesi esistenti.

La tematica oggetto della nostra ricerca appare strettamente connessa ad un problema assai dibattuto in dottrina fin dai tempi più remoti, ossia quello relativo all'ammissibilità della nomina, nelle società di persone, di un amministratore non socio: come già accennato nel Capitolo I, paragrafo 2, la soluzione positiva di esso potrebbe costituire, in presenza di una società di persone i cui soci siano solo società di capitali, l'alternativa dogmatica al riconoscimento del ruolo di amministratore in capo ad una o più delle predette società di capitali.

Del resto, anche la tematica dell'amministratore estraneo risente, da un lato, della concezione che si voglia accogliere in merito alla fonte del potere di amministrazione (rapporto di mandato/potere originario del socio quale imprenditore), dall'altro, della persistente validità del binomio potere di gestione – responsabilità patrimoniale illimitata.

E, per quanto sia condivisibile (e da noi condivisa: v. Cap. I, par. 2, in fine) la necessità di una separata analisi delle tre diverse tipologie di società personali ²²⁴, si deve dare atto che in

²²⁴ Ben si esprime in termini di «non omogeneità della categoria delle società personali», B. Libonati, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 427, a mente del quale «la (eventuale) ammissibilità di un amministratore estraneo nelle società in nome collettivo, quando un simile amministratore deve escludersi per le ipotesi della società in accomandita e della società semplice, trova dunque una facile spiegazione: perché quanto è possibile in una ipotesi, non deve per ciò solo essere possibile nelle altre, e viceversa». Anche S. Patriarca, *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, in *Società*, 2006, p. 943 s., ritiene che la nomina di un

passato la tematica è stata usualmente affrontata dalla dottrina in un'ottica unitaria o, quantomeno, tramite la prospettazione di canoni e principi a carattere generale, la cui concreta applicazione implica un necessario adattamento ai suddetti modelli societari (come meglio si vedrà nei paragrafi successivi).

Corre l'opportunità, in questa sede, di una sintetica esposizione delle teorie proposte, allo scopo di valutarne successivamente l'affidabilità in concreto nelle diverse tipologie di società personali, nonché l'incidenza sulla tematica della società di capitali amministratrice di una società di persone.

Quanto alla natura del rapporto di amministrazione, è rimasta isolata una risalente opinione²²⁵ che la riconduceva nell'ambito del rapporto organico, individuando negli amministratori un organo della società: invero una simile ricostruzione appare congrua con riferimento alle società di capitali, dotate di personalità giuridica, ma non con riguardo alle società personali, che tale capacità invece non hanno, possedendo una semplice soggettività.

Altra autorevole corrente dottrinale, operando una netta separazione tra lo *status socii* ed il potere di amministrazione, considera quest'ultimo come derivato da un rapporto di mandato che si instaurerebbe tra la collettività dei soci e l'amministratore mandatario²²⁶. La tesi ora menzionata perviene ad una distinzione tra il «potere d'iniziativa d'impresa», che spetterebbe sempre e comunque al gruppo dei soci ed il potere di dare esecuzione al contratto sociale, di cui sarebbero titolari gli amministratori nominati dalla stessa compagine sociale. La critica principale a tale opinione sta nell'impossibilità di individuare i tratti caratteristici del contratto di mandato giacché «i soci investiti dell'amministrazione – siano essi nominati con il contratto sociale oppure con atto separato – sono sottratti all'opposizione degli altri soci»²²⁷, i

amministratore estraneo sia compatibile almeno con alcuno dei modelli di società personali (con l'esclusione, pressoché pacifica, della s.a.s.). Soltanto in alcuni particolari casi il Legislatore si è espresso sulla questione: l'art. 23, 1° comma, d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, stabilisce che l'amministrazione della società tra avvocati (necessariamente una società di persone) «spetta ai soci e non può essere affidata a terzi», mentre per le società (anche di persone) che esercitano un'impresa sociale, l'art. 8, 1° comma, d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155, vieta soltanto di riservare a terzi estranei la nomina della maggioranza dei componenti le cariche sociali.

²²⁵ R. Bolaffi, *La società semplice*, Milano, 1975, p. 406.

²²⁶ G. Ferri, *Delle società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, V, *Del lavoro*, 3^a ed., Bologna-Roma, 1981, p. 140 ss.; F. Vassalli, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 156 ss.; B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 426 ss. In giurisprudenza, Cass., 10.3.1975, n. 879, in *Giur. comm.*, 1975, II, 584; Cass., 13.11.1984, n. 5747 e Cass., 28.5.1985, n. 3236, in *Nuova giur. comm.*, 1985, I, 580; Cass., 9.7.1994, n. 6524, in *Giur. comm.*, 1995, II, 821.

²²⁷ F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, p. 63. Diversamente B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 443, secondo il quale il fatto «che i soci non amministratori non possano individualmente opporsi agli atti degli amministratori non comporta di per sé che gli amministratori non debbano attenersi alle istruzioni di nessuno: potranno infatti non attenersi alle istruzioni del singolo socio, ma

quali ultimi dunque non possono ingerirsi nell'amministrazione della società, avendo diritto di esprimere «unicamente la volontà sociale per gli atti radicalmente attinenti l'esistenza della società»²²⁸.

Quest'ultima dottrina identifica gli amministratori come «capi dell'impresa sociale», titolari di un potere originario, che essi ripetono direttamente dal contratto di società, in guisa tale che dietro la loro designazione si cela la rinuncia, da parte degli altri soci, al potere di direzione dell'impresa stessa²²⁹. L'autonomia degli amministratori nella gestione della società sarebbe confermata dall'art. 2259, che consente la revoca degli stessi, se nominati con il contratto sociale, soltanto ove ricorra una giusta causa, e dall'art. 2257, che esclude ogni potere dei soci non amministratori in materia di direzione dell'impresa. Questa ricostruzione, a sua volta, è stata criticata in quanto, da un lato, «presuppone che vi sia un rapporto necessario tra società ed impresa, mentre tale rapporto sicuramente non esiste nella società semplice, ove l'attività non ha carattere commerciale, ed è solo normale (ma non essenziale) nella società in nome collettivo, potendo secondo la prevalente dottrina configurarsi una società senza impresa»²³⁰; dall'altro lato, essa trascura di considerare che la società di persone è pur sempre un soggetto giuridico distinto rispetto alla collettività dei suoi soci, per cui l'attività imprenditoriale dovrebbe essere imputata alla prima e non alla seconda.

Scarsamente utile appare, al nostro fine dell'indagine sulla configurabilità dell'amministratore estraneo, un'altra teoria che definisce il rapporto amministratori – società (sia di persone che di capitali) come un «rapporto speciale di amministrazione»²³¹, nascente da un contratto *sui generis* non riconducibile semplicemente al mandato. Questa dottrina, in particolare, tende a motivare l'inammissibilità dell'amministratore estraneo nelle società di persone mediante l'assenza, in queste ultime, di un sistema di controlli, da parte dei soci privi del potere di gestione, analogo a quello contemplato nelle società di capitali: l'*intuitus personae* giocherebbe qui un ruolo essenziale, giacché «la rilevanza degli aspetti soggettivi reagisce e

dovranno nondimeno (...) attenersi alle istruzioni del gruppo». Anche secondo F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 121, nota 7, l'inapplicabilità del principio tipico del contratto di mandato, secondo cui il mandatario deve attenersi alle istruzioni impartite via via dal mandante, dipende dal fatto che nelle società personali gli amministratori sono incaricati di compiere non uno o più atti, bensì un'attività complessa, trattandosi pertanto di un mandato del tutto particolare.

²²⁸ L. Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, II, Padova, 1951-1957, p. 454.

²²⁹ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 62 ss., sviluppando la tesi di L. Mossa, *op. cit.*, e di G. G. Auletta, *Il contratto di società commerciale: requisiti, conclusione, vizi*, Milano, 1937, p. 147.

²³⁰ A. Pagliani, *Amministratore estraneo alla compagine sociale nelle società personali*, in *Società*, 1994, p. 1039.

²³¹ Ghidini, *Società personali*, Padova, 1972, p. 417.

colora anche la funzione gestoria, in guisa tale che quest'ultima risulta preclusa a soggetti non soci, rispondendo evidentemente ad una valutazione legislativa per la quale è più opportuno che l'amministrazione venga affidata ad un membro dell'organismo societario»²³². In realtà, abbiamo già visto²³³ come l'*intuitus personae* debba considerarsi ormai come elemento soltanto naturale e non essenziale delle società personali e come sia stato di recente contestato il carattere fiduciario dello stesso mandato ad amministrare (qualora si volesse ricondurre a tale fattispecie il rapporto amministratori – società).

Torniamo ora alla contrapposizione tra le due principali teorie relative alla fonte del potere gestorio.

Come già accennato, anche dall'accoglimento dell'una o dell'altra teoria circa la natura giuridica del potere di amministrazione dipende la soluzione del problema dell'ammissibilità dell'amministratore estraneo nelle società di persone.

Chi considera l'amministratore come un mandatario non esita ad ammettere che i soci possano nominare anche un estraneo, «in mancanza di una norma contraria e di fronte alla completa autonomia lasciata alle parti nel campo dell'amministrazione»²³⁴: il rapporto intercorrente tra società ed amministratore è sempre lo stesso, sia quest'ultimo un socio od un estraneo, a nulla rilevando la circostanza che l'art. 2295 menzioni esplicitamente i «soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società»²³⁵.

Al contrario, chi reputa gli amministratori dell'impresa sociale come “capi” della stessa, ritiene che soltanto essi possano essere investiti del potere di direzione, attributo inseparabile della qualità di socio; il terzo estraneo alla società giammai potrebbe rivestire la carica di amministratore, essendo al più qualificabile come istitutore, sottoposto alle direttive dei soci²³⁶.

E qui si inserisce la tematica della responsabilità patrimoniale di chi gestisce la società.

²³² A. Pagliani, *op. cit.*, p. 1042.

²³³ Si rimanda al Capitolo I, paragrafo 2, nonché al Capitolo II, paragrafo 2.4.

²³⁴ G. Ferri, *op. ult. cit.*, p. 130. In tal senso, v. R. Bolaffi, *op. cit.*, p. 332; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 339; A. Venditti, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 82; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 118. F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, p. 154, ammette l'attribuzione ad estranei della gestione sociale sulla base del principio generale dell'autonomia contrattuale *ex art.* 1322 e della facoltà di nomina degli amministratori con atto separato *ex art.* 2259, 2° comma. In giurisprudenza, favorevole, ma isolatamente, App. Bari, 1.2.1960, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, c. 90.

²³⁵ Sostiene B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 463, nt. 95 che «la previsione di soci amministratori come ipotesi normale non esclude di per sé la ammissibilità di altra e diversa ipotesi», contrapponendosi così a V. Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1946, p. 157.

²³⁶ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 62 ss.

È opinione consolidata, in dottrina ²³⁷ come in giurisprudenza ²³⁸, che il sistema delle società personali sia fondato sul rapporto tra rischio economico e potere di gestione, giacchè il primo rappresenterebbe un incentivo ed al tempo stesso un baluardo a difesa della corretta ed oculata amministrazione. Ne discenderebbe che l'estraneo, in quanto privo di responsabilità personale illimitata per le obbligazioni sociali, non potrebbe mai essere considerato come amministratore in senso tecnico.

Tale asserzione tuttavia è stata sottoposta a revisione critica per diverse ragioni.

In primis, si è sostenuto che anche l'amministratore estraneo potrebbe essere assoggettato di fatto a responsabilità personale per le obbligazioni assunte, imponendogli di sopportare le perdite della società e non partecipando agli utili in quanto tali ma concepiti, tutt'al più, come compenso ²³⁹.

In secondo luogo, si è contestata l'inscindibilità del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata, vuoi perché i soci illimitatamente responsabili potrebbero comunque, in base ai principi generali delle obbligazioni, limitare od escludere, attraverso appositi patti con i creditori, la loro responsabilità ²⁴⁰, vuoi perché possono pure esistere soci illimitatamente responsabili (ai quali non è concesso di limitare la responsabilità) che non siano al contempo amministratori ²⁴¹.

²³⁷ Tra i tanti, v. G. Auletta, *Appunti di diritto commerciale. Imprenditori e società*, Napoli, 1946, p. 147; M. Ghidini, *op. cit.*, p. 418 ss.; G. Grippo, *Le società di persone*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, p. 78; F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 66; Id., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963.

²³⁸ Cas., 25.1.1968, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 1202; Trib. Foggia, 29.2.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 989; Trib. Biella, 23.10.1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 1250; Trib. Roma, 21.1.1983, in *Società*, 1983, 1153.

²³⁹ L. Mossa, *op. cit.*, p. 440; W. Bigiavi, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, p. 124; R. Bolaffi, *op. cit.*, p. 389. *Contra*, si è obiettato che «l'amministratore al quale sia dato di partecipare agli utili ed imposto di sopportare le perdite della società, cessa di essere un estraneo per assumere tutti gli attributi della qualità di socio» (S. La Ciura – R. Jamiceli, *L'amministratore estraneo nelle società di persone*, in *Vita notarile*, 1985, p. 866, che così riportano il pensiero di Galgano).

²⁴⁰ F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, cit., p. 216. V. anche quanto si dirà nel par. 4 del presente Capitolo.

²⁴¹ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 125; F. Di Sabato, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Ristampa con la presentazione di G. Ferri jr., Milano, 2005, p. 365, secondo il quale «il fatto che la responsabilità illimitata trova applicazione anche in mancanza della titolarità del potere direttivo dell'impresa sociale, sembra essere "l'indice inequivocabile di un sistema" in cui la previsione della responsabilità personale è indipendente dalla titolarità del potere direttivo».

Ancora, si è detto che «il legame fra amministrazione e responsabilità illimitata dei soci di società in nome collettivo sembra discendere da un giudizio economico, piuttosto che da un giudizio di stretta tecnica giuridica»²⁴².

In effetti, se il fondamento del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata fosse esclusivamente di carattere economico – imprenditoriale, e non trovasse un sostegno normativo, esso, come tutti gli argomenti di carattere non squisitamente giuridico, non si potrebbe considerare così solido da escludere, a priori, la fattispecie dell'amministratore – estraneo.

D'altro canto, ciò che può definirsi come la *ratio* storica o meglio il fondamento socio-economico che avrebbe indotto il legislatore ad introdurre il suddetto binomio, è tutt'altro che pacifico in dottrina. A chi, come già ricordato²⁴³, lo individua nell'esigenza di perseguire l'interesse pubblicistico all'oculata gestione societaria, si contrappone chi, non reputando comunque inderogabile il principio "nessun potere senza responsabilità", ne scorge una ragione (economica e non giuridica) sia nella necessità per le società di persone di ottenere un'adeguata base di credito (non altrimenti ottenibile senza le garanzie patrimoniali dei soci) sia nella tutela dell'interesse dei soci illimitatamente responsabili (che sopportano il rischio d'impresa) a controllare l'attività da cui sorgono le relative obbligazioni²⁴⁴. Vi è poi chi non nega l'esistenza di una correlazione tra la responsabilità illimitata ed una posizione di supremazia all'interno della società, ma ritiene che quest'ultima non possa essere identificata nel mero potere di gestione, quanto piuttosto nella qualità di coimprenditore del socio illimitatamente responsabile, che sta a monte del potere di amministrazione²⁴⁵.

²⁴² B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 463 s. Nello stesso senso F. Denozza, *op. ult. cit.*, p. 215, secondo il quale il suddetto principio «appare piuttosto il frutto di una valutazione moralistica dell'interprete che non l'espressione di reali esigenze economiche». Lo stesso Autore nega altresì che la regola *keine Herrschaft ohne Haftung* possa ritenersi valida sotto il profilo economico o addirittura una colonna portante del sistema economico capitalistico, in quanto essa non trova applicazione nell'ambito delle imprese più importanti (come le s.p.a.) che influenzano l'andamento del processo produttivo.

²⁴³ V. nota 237.

²⁴⁴ F. Denozza, *op. ult. cit.*, pp. 209 ss.

²⁴⁵ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 121, nota 8: «La responsabilità illimitata è, come vedremo, sicuramente collegata al potere d'impresa, ma ciò non per garantire una corretta amministrazione, giacché secondo noi potere d'impresa e potere di gestione non s'identificano, bensì per la posizione d'imprenditori che ai soci deve essere riconosciuta indipendentemente dalle loro concrete o astratte attribuzioni in ordine ai poteri di gestione».

Vero è, ad ogni modo, che la *ratio* “minima”²⁴⁶ del principio *keine Herrschaft ohne Haftung* andrebbe correttamente ravvisata nell’opportunità di una maggior tutela degli interessi dei terzi creditori della società, i quali possono far valere i loro diritti, oltre che sul patrimonio sociale, anche e – aspetto di grande importanza – inderogabilmente, sui beni personali dei «soci che hanno agito in nome e per conto della società» (art. 2267, 1° comma). In quest’ottica, l’adeguata protezione dei terzi verrebbe meno solo in presenza di due condizioni concomitanti: non sarebbe sufficiente, all’uopo, che fosse nominato amministratore un terzo estraneo irresponsabile, ma sarebbe altresì necessario che tutti i soci (non amministratori e che comunque non avessero agito in nome e per conto della società) limitassero od escludessero la responsabilità personale per le obbligazioni sociali. Diversamente, la tutela dei terzi – secondo una tesi che tuttavia non ci convince appieno (v. il par. 4) - non sarebbe argomento sufficiente ad escludere l’ammissibilità della nomina di un amministratore estraneo (in assenza di espressi riferimenti normativi contrari), qualora delle obbligazioni sociali rispondessero comunque solidalmente ed illimitatamente i soci, come avviene nelle s.n.c. in forza dell’art. 2291, 1° comma.

Ci pare che proprio questo sia un punto – chiave della nostra indagine: occorre verificare, per ogni tipo di società personale, se esistano “appigli” normativi che consentano di affermare che il Legislatore abbia assunto, quale principio generale, che il potere di gestione debba trovare un contrappeso nel rischio economico; nonché accertare quale possa essere il rischio per la garanzia patrimoniale dei creditori sociali derivante dalla nomina di un amministratore estraneo (ove essa non sia espressamente impedita da dati positivi) e in che misura tutto ciò possa influenzare la tematica dell’amministratore – persona giuridica (segnatamente, società di capitali – amministratrice di società di persone).

Paragrafo 2 - La soluzione “obbligata” per le s.a.s.

Riteniamo che dall’esame della società in accomandita semplice si possa (e si debba) partire per verificare la vigenza di quell’istanza di corretta gestione connessa ad un rischio

²⁴⁶ Volendo con tale espressione indicare quel nucleo d’interessi imprescindibile al cui perseguimento è indirizzato il principio in oggetto. Si noti, al riguardo, come lo stesso F. Denozza, pur negando un collegamento funzionale tra potere e responsabilità nel senso disegnato dal Galgano, non esclude che il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* sia diretto *anche* (ma non solo) a tutelare l’interesse dei terzi.

imprenditoriale illimitato che, secondo la dottrina maggioritaria, informa anche gli altri tipi di società di persone.

La scelta del Legislatore per l'affermazione di tale principio si troverebbe palesata nell'art. 2318, 2° comma, secondo cui «l'amministrazione della società può essere conferita *soltanto* a soci accomandatari». L'evidenza della formula normativa, che non trova una corrispondenza altrettanto netta nelle altre società personali, non lascia adito a particolari dubbi ²⁴⁷.

L'esclusività della gestione della s.a.s. in capo ai soci accomandatari è tale da escludere dalla stessa sia gli accomandanti sia gli estranei. E la *ratio* di siffatta impostazione va individuata proprio in quel principio *keine Herrschaft ohne Haftung* che si pone senz'altro alla base della struttura identitaria della società in accomandita semplice, nella quale l'interdizione degli accomandanti dalla gestione imprenditoriale rispecchia l'idea secondo la quale i capitalisti (soci accomandanti), che vogliono mettere a frutto i propri beni in attività di lucro, effettuano un investimento senza interferire nella gestione dell'affare cui altri (i soci accomandatari) dovranno attendere ²⁴⁸.

Una conferma del suddetto principio la ritroviamo nella sanzione necessaria prevista dall'art. 2320 in caso di violazione del divieto d'immistione: l'accomandante assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi per tutte le obbligazioni sociali, nonostante che l'atto da lui compiuto – secondo la migliore dottrina – non vincoli la società. Si è opportunamente osservato come il «divieto di legge sanziona detto dualismo: una partecipazione dell'accomandante alla gestione sociale, tale da determinare un'alterazione dello schema tipico a base dualistica, se non addirittura una permanente sovraordinazione dello stesso accomandante all'accomandatario, non può che contraddire e annullare l'idea stessa di accomandita quale ci giunge dalle sue più antiche origini: ed è per ciò che detta partecipazione o sovraordinazione non possono che essere colpiti dal divieto in esame» ²⁴⁹.

La Suprema Corte ha precisato che «il divieto d'ingerenza risulta giustificato dalla esigenza di

²⁴⁷ Scrive giustamente R. Guglielmo, *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1212, che «l'uso dell'avverbio assume in modo inequivocabile il significato di una statuizione negativa in ordine all'ammissibilità di amministratori che non siano soci accomandatari». Già in passato, osservava G. Ferri, *Le società*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1971, p. 166, che «soltanto arrampicandosi sugli specchi» si poteva prospettare il problema dell'amministratore estraneo nella s.a.s. In tal senso, in giurisprudenza, si era espresso Trib. Milano, 22.12.1983, in *Società*, 1984, p. 790.

²⁴⁸ G. Grippo, *Commento all'art. 2313*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009, p. 179.

²⁴⁹ G. Grippo, *Commento all'art. 2320*, in *Commentario delle società*, cit., p. 187; per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. Grippo – C. Bolognesi, *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010, pp. 102 ss.

tutelare l'interesse che la società ha ad essere amministrata da coloro che, essendo esposti a un rischio illimitato, garantiscono un' oculata e responsabile gestione dell'impresa», per cui il vero interesse tutelato non sarebbe tanto l'affidamento dei terzi, quanto piuttosto «il rispetto della distinzione fra la posizione degli accomandatari e quella degli accomandanti in relazione al diverso ruolo cui le due categorie sono chiamate nell'esercizio dell'attività sociale»²⁵⁰. In effetti questo spiegherebbe perché il divieto in parola e la relativa sanzione operino anche quando i terzi siano resi edotti di trattare con il socio accomandante, motivo per cui, a rigor di logica, non vi sarebbe ragione di tutelarne l'affidamento²⁵¹. E, d'altra parte, lo stesso vale quando l'accomandante si limiti a condurre semplici trattative in nome della società, la quale evidentemente non ne resta vincolata né tantomeno danneggiata, motivo per cui non vi sarebbe necessità di aggiungere, quale garanzia patrimoniale, la responsabilità personale illimitata dell'accomandante. Ciò avviene evidentemente perché l'ingerenza dell'accomandante «pur non producendo gli effetti dell'atto di amministrazione, e pur non impegnando la società, è tuttavia sintomatico di un processo patologico che incide sui caratteri tipici della società in accomandita semplice, nella quale il potere di amministrazione è riservato in via esclusiva al socio accomandatario»²⁵².

Stando così le cose, dall'art. 2320 è difficile astrarre un carattere generale del principio dell'indissociabilità del potere di gestione dalla responsabilità illimitata, poiché esso, pur essendo contenuto nell'articolo predetto, appare strettamente connesso all'identità strutturale della s.a.s.

²⁵⁰ Cass., 22.6.1978, n. 3092, in *Giur. comm.*, 1979, II, 191 ss., con commento di G. Di Chio, *L'art. 2320 c.c.: una norma quasi istituzionalistica*. Diversamente, secondo F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, cit., p. 217, la *ratio* del divieto di immistione andrebbe ravvisata nella tutela dell'interesse degli accomandatari, che rispondono illimitatamente per i debiti sociali, ad avere il controllo dell'attività esplicata.

²⁵¹ E già sulla base di queste considerazioni, non condividiamo la prospettiva di B. Libonati, *op. cit.*, p. 464, che fa dipendere la tutela dell'affidamento dei terzi dalla conoscenza che questi ultimi abbiano (o possano avere), tramite il sistema della pubblicità, della composizione del gruppo sociale e di chi risponda illimitatamente per le obbligazioni della società.

²⁵² Cass., 27.4.1994, n. 4019, in *Foro it.*, 1995, I, 912. Scrive opportunamente G. Grippo, *Commento all'art. 2320*, cit., p. 193 (corsivo nostro), che «l'enigma racchiuso in un dato normativo che, volto alla tutela di un' oculata direzione degli affari sociali, commina la sanzione della perdita del beneficio della responsabilità limitata anche per quel singolo atto dell'accomandante che, in quanto non autorizzato, è di per sé del tutto inidoneo a procurare un danno per la società (...) può essere risolto disancorando, da un lato, la portata del divieto dalla produzione di effetti per la società; individuando, dall'altro, nell'iniziativa gestoria, pur singola e sporadica, dell'accomandante i tratti tipici di sintomo di un processo patologico in atto che vede incrinarsi l'assetto delle rispettive posizioni».

Ossia, il binomio potere amministrativo – rischio imprenditoriale è sancito, nella s.a.s., al fine di preservare le caratteristiche tipologiche del modello societario basato sulla “contrapposizione” tra le due categorie di soci; per questo motivo, appare forse ultroneo trarre dalla disciplina della s.a.s. l’affermazione secondo la quale il principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, elevato ad elemento basilare del sistema delle società personali, assolverebbe ad una delle due funzioni individuate dalla tradizione giuridica, *id est* la direzione responsabile della società e la tutela dei creditori sociali.

Ribadito quindi che a gestire la società in accomandita semplice possono essere soltanto quei soci che, istituzionalmente, sono gravati di responsabilità personale illimitata, e ribadite anche le difficoltà di un’applicazione analogica, *tout court*, dell’art. 2318 alle altre società personali - non essendo agevole l’individuazione di una *eadem ratio* comune alle fattispecie, che possa eventualmente essere basata su una delle funzioni sopra menzionate - ²⁵³ resta ora da accertare quali siano le conseguenze di tale esplicita disposizione sulla tematica della partecipazione delle società di capitali alla società in accomandita semplice.

Come si è più volte ricordato, la dottrina ²⁵⁴, partendo dalla lettura in combinato disposto degli articoli 2361, 2° comma, c.c. e 111-*duodecies*, disp. att. c.c., conclude per la piena configurabilità di una società di capitali quale accomandatario ed amministratore della s.a.s.

Questa conclusione, che presuppone peraltro, “a monte”, l’avvenuta risoluzione, in senso positivo, del problema dell’ammissibilità dell’amministratore – persona giuridica, deriverebbe innanzitutto dalla naturale inerenza del potere gestorio allo *status* di socio accomandatario.

Qualora, tuttavia, non si volesse accondiscendere all’opinione preferibile che ritiene ormai superati gli argomenti ostativi al riconoscimento della capacità di amministrare in capo alla persona giuridica (sui quali si rinvia al Cap. II), si potrebbe agevolmente obiettare che, stante appunto la supposta inconfigurabilità della società di capitali - amministratrice, i soci sarebbero “obbligati” a nominare, quali amministratori, altri accomandatari persone fisiche. E ciò risulterebbe senz’altro possibile (ed anzi dovuto) in virtù del fatto che, a differenza di quanto disposto per le società in accomandita per azioni, dove gli accomandatari sono *di diritto* amministratori (art. 2455), nella s.a.s. *non* tutti gli accomandatari sono *necessariamente* amministratori, poiché anzi il contratto sociale o un atto separato potrebbero

²⁵³ Nulla esclude tuttavia – come vedremo nel par. successivo – che nella disciplina dedicata agli altri tipi di società personali possano rinvenirsi indizi favorevoli al riconoscimento dell’indissociabilità della responsabilità illimitata dal potere di gestione.

²⁵⁴ V. già la nota 11.

riservare il potere di gestione soltanto ad alcuni di essi (art. 2319) ²⁵⁵. Ciò significa che il vero connotato essenziale dello *status* di accomandatario non è tanto il potere gestorio (che potrebbe anche mancare), quanto piuttosto la responsabilità illimitata, dalla quale egli non può liberarsi con le semplici dimissioni dalla carica di amministratore ²⁵⁶. La posizione dell'accomandatario, infatti, è equiparata a quella del socio di s.n.c.: «i soci accomandatari hanno i diritti e gli obblighi dei soci della società in nome collettivo» (art. 2318, 1° comma). E, come per i soci di s.n.c., si deve ammettere che anche gli accomandatari privi del potere di amministrazione restino illimitatamente responsabili per le obbligazioni sociali assunte da altri, salvo – qualora lo si ammetta – un patto di limitazione interna della responsabilità ²⁵⁷. Al riguardo, in dottrina, è stata evidenziata la differenza di funzione tra la nomina degli amministratori nel contratto sociale e quella contenuta nell'atto separato: nel primo caso, il potere di amministrazione sarebbe espressione della partecipazione stessa del socio alla società, mentre nel secondo caso esso non sarebbe incorporato nella partecipazione sociale, ma costituirebbe il presupposto di un ufficio che il socio assume nell'interesse della società ²⁵⁸. Insomma, la disciplina legale, in base alla quale si presume che ogni accomandatario sia anche amministratore, ha carattere solo suppletivo, in quanto trova applicazione solo se i patti sociali non stabiliscano quali tra gli accomandatari siano investiti del potere di amministrazione e/o di rappresentanza. In base a queste considerazioni, si potrebbe dunque sostenere che, in presenza di più soci accomandatari, alcuni dei quali persone fisiche, a queste ultime dovrebbe essere riservato il potere di amministrazione: e questo potrebbe avvenire o in forza di una precisa scelta statutaria (che eliminerebbe, *ex ante*, ogni dubbio di legittimità su tale opzione) oppure mediante una ricostruzione esegetica che, evidenziando un potenziale contrasto tra l'art. 2318 (nella parte in cui prevede che gli accomandatari siano anche amministratori) ed il principio dell'incapacità di amministrare delle persone giuridiche, lo risolva mediante l'applicazione del succitato articolo nei limiti di compatibilità con l'enunciato

²⁵⁵ Cass., 28.6.1997, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2737; Cass., 26.6.2009, n. 15161, in *Società*, 2009, 1249.

²⁵⁶ Ha giustamente osservato Cass., 23.7.1994, n. 6871, in *Foro it.*, 1996, I, 248 che anche «le dimissioni da amministratore dell'unico socio accomandatario di società in accomandita semplice non implicano, di per sé, né il recesso dalla società, né la perdita della veste di accomandatario».

²⁵⁷ Si ricorda che, secondo la dottrina dominante, i soci di s.n.c. che non siano amministratori possono limitare la responsabilità per i debiti sociali con efficacia esclusivamente interna: G. Grippo, *La società in nome collettivo*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999, p. 161; F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 95, nt. 1; V. Buonocore, *Società in nome collettivo*, in *Il Codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 9 ss.

²⁵⁸ F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1999, p. 80.

principio, vale a dire nel senso che i soli soci accomandatari *persone fisiche* siano anche amministratori.

Ma, anche a tacer dell'astratta disuguaglianza che si verrebbe a creare tra accomandatari persone fisiche ed accomandatari persone giuridiche, le quali ultime resterebbero gravate da responsabilità illimitata senza godere del potere gestorio (e ciò dal punto di vista teorico non è escluso, ma quantomeno, sotto il profilo pratico, di difficile realizzazione), una simile ricostruzione non appare sostenibile nel caso della s.a.s. in cui tutti gli accomandatari (o l'unico accomandatario) siano (o sia) società di capitali: e questo per la già asserita forza argomentativa di cui è munito il 2° comma dell'art. 2318. Ma allora, se nell'eventualità ora citata si è "costretti" ad ammettere che una società di capitali sia amministratrice di una s.a.s. (non essendovi altri soci accomandatari persone fisiche e non ammettendosi l'amministratore estraneo), non si potrà negare la capacità di amministrare della società di capitali - accomandataria anche quando esistano altri accomandatari - persone fisiche.

A ragionar diversamente, si perverrebbe a conclusioni incoerenti, in ordine alla capacità di amministrare di una persona giuridica, a seconda che, accanto agli accomandatari – società di capitali, vi siano o meno accomandatari – persone fisiche: nel primo caso tale capacità verrebbe negata, mentre nel secondo essa sarebbe di necessità riconosciuta. Ciò tuttavia ci appare inaccettabile, giacchè, se è vero che l'attitudine di una persona giuridica ad amministrare una società deve essere ponderata alla luce della sua compatibilità con i principi cardine di un determinato tipo societario (v. già il Par. 1, Capitolo II) – e questo è per l'appunto il motivo che ci ha indotto ad una analisi separata dei tre modelli di società personali amministrate – è altresì vero che, nel contesto del medesimo tipo societario (s.a.s.), non è possibile far dipendere la sussistenza di un potere amministrativo in capo alla società di capitali accomandataria, dalla variabile della composizione della compagine sociale.

Da quanto finora detto, riteniamo pressoché pacifico che una società di capitali socia accomandataria di una s.a.s. disponga del potere di gestione, alla pari di tutti gli altri accomandatari (sempre salve diverse disposizioni dei patti sociali), e ciò non tanto (o non solo) sulla base della nota correlazione potere amministrativo – responsabilità illimitata ²⁵⁹, quanto piuttosto in virtù di una corretta lettura dell'art. 2318, 2° comma, considerato un ostacolo invalicabile all'attribuzione dei poteri gestori ad un estraneo. Ed è sintomatico che quest'ultima conclusione sia accolta anche da quella parte della dottrina che invece ammette

²⁵⁹ Correlazione che pure costituisce – come già visto – elemento identitario della fattispecie s.a.s.

la figura dell'amministratore – non socio negli altri tipi di società personali (o per lo meno nella s.n.c.)²⁶⁰.

C'è poi un ulteriore indizio, nella disciplina della s.a.s., che ci fa propendere per l'inderogabilità della disposizione generale dell'amministratore – socio accomandatario, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge. L'art. 2323, 2° comma, prevede che, se vengano a mancare tutti gli accomandatari, per il periodo di sei mesi la gestione ordinaria della società resterà affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dagli accomandanti. Esso potrà essere sia un socio accomandante, sia un *estraneo*²⁶¹. Si tratta dell'unica, tassativa, eccezione normativa alla regola della competenze gestoria dei soci accomandatari, finalizzata ad assicurare la continuità dell'attività imprenditoriale della società. Per quanto si voglia interpretare estensivamente l'inciso del 2° comma dell'art. 2323 («se vengano a mancare tutti gli accomandatari»)²⁶², non ci si potrà tuttavia spingere ad una applicazione analogica finalizzata a riconoscere la possibilità di nominare un amministratore estraneo anche quando tutti gli accomandatari siano persone giuridiche. E questo perchè sarebbe evidentemente arbitrario ed errato far ricadere la predetta vicenda nell'ambito applicativo della formula legislativa «se vengano a mancare tutti gli accomandatari». Pur riconoscendo che il legislatore ha voluto predisporre uno strumento utile a risolvere le situazioni di “stallo gestionale” dovute all'assenza ontologica di accomandatari o di accomandatari idonei ad amministrare (ad

²⁶⁰ Il riferimento è a B. Libonati, *op. cit.*, p. 426 ss.; v. anche A. Pagliani, *op. cit.*, p. 1043: «la configurabilità di un amministratore estraneo nelle società personali è totalmente da escludersi rispetto allo schema della società in accomandita, ove la posizione di socio e quella di amministratore sono inscindibilmente connesse, mentre può presentarsi in relazione alla società semplice ed alla snc regolare od irregolare».

²⁶¹ P. Montalenti, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, p. 204; F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 125.

²⁶² La prevalente giurisprudenza preferisce interpretare restrittivamente la norma, limitandone l'applicazione al venir meno della duplicità delle categorie dei soci, ed escludendola invece quando si verifichi una diversa causa di scioglimento della società, come, ad esempio, nel caso di dimissioni (non accompagnate dal recesso) dell'accomandatario unico amministratore della società, qualora non si provveda alla nomina di un nuovo amministratore (Cass., 23.7.1994, n. 6871, in *Foro it.*, 1996, I, 248), o, ancora, nel caso di revoca dell'amministratore – unico accomandatario (Trib. Roma, 4.5.2000, in *Dir. e Prat. Soc.*, n. 13, p. 67; Cass., 28.11.1992, n. 12738, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 888; Trib. Salerno, 10.4.2007, in *Società*, 2008, p. 214 ss. con nota di E. Senini, *Revoca dell'unico socio accomandatario dall'amministrazione: è causa di scioglimento della società; contra*, nel senso della nomina dell'amministratore provvisorio, M. Spiotta, *Revoca dell'unico accomandatario dalla carica di amministratore: come colmare il vuoto di potere gestorio?*, in *Giur. it.*, 2330 ss.; P. Montalenti, *op. ult. cit.*, p. 212). Riteniamo tuttavia preferibile un'interpretazione estensiva dell'art. 2323, 2° comma: qualora infatti si aderisse ad una esegesi della norma volta ad evitare soluzioni di continuità nella gestione dell'impresa sociale, si potrebbe ritenere che la reale intenzione del legislatore nel disciplinare il venir meno di tutti gli accomandatari, non sia limitata soltanto ad assicurare l'esistenza ontologica della categoria, ma sia estesa anche a garantire la presenza di un soggetto investito dell'amministrazione.

esempio perché revocati o dimissionari), ci pare francamente azzardato ravvisarvi l'*eadem ratio* nell'eventualità in cui vi siano soltanto accomandatari – persone giuridiche. E ciò perché non sarebbe nemmeno provata l'inidoneità ad amministrare di una persona giuridica, che, anzi, non paiono convincenti gli argomenti addotti a sostegno di tale tesi (v. già il Cap. II).

Pertanto, il 2° comma dell'art. 2323 sembra delineare anche una deroga al principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, affermando che «l'amministratore provvisorio non assume la qualità di socio accomandatario». Ciò significa che egli non è gravato da responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, purché si limiti all'ordinaria amministrazione di durata massima semestrale, e questo dovrebbe valere anche quando l'incarico sia ricoperto dall'accomandante²⁶³. Da ciò si desume, come già detto, che il binomio potere di gestione – rischio imprenditoriale rappresenta una figura giuridica naturale nel contesto della società in accomandita semplice, ma non inderogabile; o meglio, si può affermare che, se è vero che l'accomandatario può essere convenzionalmente privato del diritto di amministrare, pur mantenendo la responsabilità illimitata, è anche vero che tale diritto non può essere conferito a chi non sia socio illimitatamente responsabile, se non nei casi eccezionali tassativamente previsti dalla legge, nei quali l'interesse all'oculata gestione sociale è “eclissato” da quello, prevalente ma temporaneo, alla continuazione dell'attività imprenditoriale.

Insomma, la qualifica di amministratore compete all'accomandatario perché egli è socio illimitatamente responsabile e perché questo è l'assetto organizzativo della società in accomandita semplice voluto dal Legislatore. Ogni deviazione da tale assetto deve trovare una precisa autorizzazione normativa, ritenendosi altrimenti inderogabile l'art. 2318 laddove esso conferisce il potere di gestione ai soci accomandatari.

Giova ricordare che l'argomento *ex art. 2318* era già stato utilizzato in passato per risolvere altri casi contingenti nei quali risultava (e risulta tuttora) difficile individuare una soluzione alternativa all'attribuzione del potere di amministrazione ai soci.

Ci si riferisce all'ipotesi in cui tutti i soci accomandatari siano soggetti privi della capacità d'agire²⁶⁴: il problema è che, secondo la dottrina, nelle società di persone, come in quelle di

²⁶³ In tale eventualità, è corretto ritenere che, entro i citati limiti temporali e contenutistici, non vi sia violazione del divieto d'immistione: G. Ferri, *Delle società*, cit., p. 504; G. Grippo – C. Bolognesi, *La società in accomandita semplice*, cit.; *contra*, Trib. Napoli (ord.), 15.4.1998, in *Società*, 1999, p. 84.

²⁶⁴ L'ipotesi, di scuola, non è astrattamente impossibile: l'art. 2294 – applicabile ai soci di s.n.c. ed agli accomandatari della s.a.s. in forza degli artt. 2315 e 208 disp. att. c.c. – ammette la partecipazione di un incapace con l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 320, 371, 397, 424 e 425. Il Legislatore equipara la posizione dell'incapace che intenda assumere una partecipazione societaria comportante responsabilità illimitata a quella dell'incapace che intenda esercitare un'impresa individuale, richiedendone il medesimo regime autorizzatorio. Si ricorda che l'incapace può essere

capitali (art. 2382), l'incapace non può assumere la carica di amministratore, fatta eccezione per il minore emancipato autorizzato all'esercizio dell'impresa commerciale che acquista una pressoché integrale capacità d'agire ²⁶⁵. Quest'ultima affermazione tuttavia non appare convincente per almeno due motivi. Innanzitutto, è difficile negare all'incapace autorizzato ad acquistare lo *status* di accomandatario, i poteri gestori che quest'ultimo comporta, posto che, a ragionar diversamente, non si vede quale utilità – tale da giustificare il provvedimento del giudice – possa derivare all'incapace dall'assunzione di una partecipazione a responsabilità illimitata ²⁶⁶. In secondo luogo, se tutti gli accomandatari siano soggetti incapaci (debitamente autorizzati dal giudice), non si vede chi altro possa assumere l'amministrazione della società, stante il tenore letterale del 2° comma dell'art. 2318.

Non pare dunque fuor di luogo il confronto tra la situazione ora descritta e quella della s.a.s. i cui soci accomandatari siano tutti e solo società di capitali.

Anche in quest'ultima ipotesi, infatti, si presenta una questione discussa in dottrina, soprattutto anteriormente alla riforma societaria del 2003, ossia quella della capacità di amministrare delle persone giuridiche, che va ad “impattare” con un'altra tematica anch'essa controversa, quella relativa all'amministratore – estraneo nelle società di persone. E, come per l'ipotesi dell'accomandatario incapace, così la società di capitali accomandataria dovrà godere degli stessi diritti e poteri che l'ordinamento riconosce, di *default*, allo *status* di socio accomandatario: una soluzione diversa risulterebbe ingiustificabile sia sotto il profilo logico ²⁶⁷, sia sotto quello giuridico – sistematico ²⁶⁸.

autorizzato soltanto a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale, fatta eccezione per il minore emancipato che può essere autorizzato ad iniziare una nuova impresa; pertanto, l'incapace (diverso dall'emancipato) può soltanto subentrare come socio in una società già costituita, acquistando la quota per successione o donazione e, secondo la preferibile dottrina, anche a titolo oneroso. Sul punto, in dottrina: A. Jannuzzi – P. Lorefice, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, p. 554; G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003. *Contra*, M. Stella Richter – V. Sgroi, *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario Codice civile*, Torino, 1967; A. Graziani, *op. cit.*, p. 133, sulla considerazione che l'acquisto a titolo oneroso si risolverebbe in un investimento di capitali potenzialmente rischioso per l'incapace.

²⁶⁵ E. Delli Veneri, *Attività imprenditoriale esercitata da incapaci*, in *La volontaria giurisdizione*, a cura di Delli Veneri e Destino, Napoli, 2004, p. 319.

²⁶⁶ Ed infatti si è osservato che, una volta ammesso che gli incapaci diventino soci di società personali, non vi sarebbe problema a riconoscere che gli stessi possano essere anche amministratori, ovviamente per il tramite del loro legale rappresentante (e salva poi la questione di chi sia veramente l'amministratore, se l'incapace o il rappresentante): P. Ferrario, *La partecipazione dei minori e degli incapaci alle società*, in *Riv. not.*, 1962, I, p. 246.

²⁶⁷ Vuoi perché si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento con l'accomandatario – persona fisica (v. *supra*), vuoi in considerazione dell'assenza di ostacoli insuperabili alla capacità di amministrare della persona giuridica (su quest'ultimo tema, v. il Cap. II).

A conclusione di questo paragrafo, pare opportuno riepilogare i risultati cui siamo giunti e le relative motivazioni.

Abbiamo affermato che nella società in accomandita semplice la qualifica di amministratore *non* può essere assunta da un estraneo, giacchè la perentorietà della formulazione letterale dell'art. 2318, unitamente alla disciplina normativa complessiva che riduce ad eccezione l'ipotesi dell'amministratore provvisorio – non socio, non lascia adito a dubbi al riguardo.

Tuttavia, si è anche cercato di dimostrare, mediante l'esegesi della *ratio* delle sanzioni conseguenti alla violazione del divieto d'immistione di cui all'art. 2320, come l'assunzione di responsabilità illimitata da parte di chi in concreto ha gestito la società, non sembri tanto espressione di un principio generale teso a salvaguardare una particolare funzione del binomio potere amministrativo – rischio imprenditoriale, potenzialmente immanente ad ogni tipo di società personale (v. paragrafo 1 del presente Capitolo), quanto piuttosto un baluardo a difesa dello schema identitario della s.a.s., basato sulla contrapposizione accomandanti – accomandatari. D'altra parte, abbiamo visto come il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* sopporti una parziale e temporanea deroga nel caso dell'affidamento dell'amministrazione provvisoria ad un terzo o ad un accomandante *ex art.* 2323, 2° comma.

Dall'affermazione dell'inammissibilità dell'amministratore estraneo si è passati dunque, in modo abbastanza agevole, a riconoscere il potere di gestione in capo alle società di capitali accomandatari di una s.a.s. che non abbia altri accomandatari – persone fisiche. Da qui, sulla base del principio di non discriminazione tra soci persone fisiche e soci persone giuridiche, sulla base dell'insussistenza degli ostacoli giuridici alla capacità di amministrare delle persone giuridiche (v. Cap. II), nonché sulla considerazione dell'incoerenza di soluzioni diverse a seconda della composizione della compagine sociale, si è pervenuti ad asserire che una società di capitali, in quanto socio accomandatario, possa amministrare una s.a.s. indipendentemente dal fatto che vi siano o meno altri accomandatari – persone fisiche.

Queste sono le nostre conclusioni in merito alla fattispecie particolare della s.a.s. partecipata (ed amministrata) da una società di capitali, dovendosi rinviare al capitolo successivo l'indagine circa il problema dell'imputazione della qualifica di amministratore direttamente in capo alla persona giuridica piuttosto che alla persona fisica concretamente preposta dalla prima alla gestione della s.a.s. Vedremo che quest'ultimo tema è intimamente connesso sia

²⁶⁸ Data la soluzione “necessitata” imposta dal combinato disposto di cui agli artt. 2318, 2° comma, e 111-*duodecies*, disp. att. c.c.

alla questione della correlazione potere di amministrazione – responsabilità illimitata ²⁶⁹ sia a quella relativa all'ammissibilità dell'amministratore – non socio nelle società personali ²⁷⁰.

Paragrafo 3 – Le problematiche nelle società semplici.

La carenza di dati normativi inerenti la fattispecie della società semplice partecipata (anche interamente) da società di capitali ci induce necessariamente ad arretrare l'analisi giuridica per accertare preventivamente la liceità della medesima, in funzione prodromica all'oggetto della nostra ricerca.

In realtà, non pare possa attribuirsi un ruolo determinante all'omesso riferimento, nell'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. ²⁷¹, all'ipotesi della società semplice in cui tutti i soci siano società di capitali: ciò per l'ovvia ragione che la società semplice, non potendo aver ad oggetto un'attività commerciale, giammai potrebbe essere tenuta alla redazione del bilancio *ex art.* 2217. Con questa norma, il Legislatore non ha certo voluto escludere la possibilità che una società semplice sia composta soltanto da società di capitali ²⁷², giacchè, da un lato, la *ratio* dell'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c., è solamente quella di «uniformare l'informazione di bilancio della società personale partecipata esclusivamente, quali soci illimitatamente responsabili, da società di capitali, all'informazione di bilancio delle società partecipanti» ²⁷³, dall'altro lato, le società capitalistiche ben potrebbero aver interesse ad acquistare partecipazioni in una società semplice che eserciti, ad esempio, un'attività agricola, non ravvisandosi peraltro elementi ostativi nell'art. 2361 c.c.

Ammesso dunque, con la prevalente dottrina, che una società di persone possa essere (anche interamente) partecipata da società di capitali, resta comunque da verificare se quest'ultima

²⁶⁹ Del resto abbiamo già visto (v. paragrafo 2.5 del Capitolo II) come, a nostro giudizio, l'unico soggetto responsabile *direttamente* delle obbligazioni assunte in nome e per conto della società amministrata sia la società amministratrice.

²⁷⁰ Giacchè, se la persona fisica preposta all'amministrazione non facesse parte dell'organizzazione della società di capitali amministratrice, si potrebbe profilare il rischio che ad amministrare la s.a.s. fosse un estraneo.

²⁷¹ La norma stabilisce che, se tutti i soci illimitatamente responsabili di una s.n.c. o di una s.a.s. siano società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, la società di persone partecipata deve redigere il bilancio secondo le norme previste per le s.p.a. ed, eventualmente, il bilancio consolidato.

²⁷² Cfr. A. Audino, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, p. 460.

²⁷³ A. Audino, *op. ult. cit.*, p. 459.

possa esserne l'amministratore, oppure se possa (o debba) essere nominato un amministratore estraneo.

Tuttavia, anche sotto questo profilo, l'interprete si trova in possesso di una quantità di dati normativi nettamente inferiore a quella che consente di affermare che nella s.a.s. amministratori possono essere soltanto i soci (accomandatari): appare decisamente poco significativo che la disciplina in materia di s.s. si riferisca sovente ai «soci amministratori» (artt. 2257, 2258, 2266), potendosi trarre, tutt'al più, un indizio circa la predisposizione del Legislatore a considerare naturale, in questo tipo societario, l'affidamento dell'amministrazione ai soci ²⁷⁴, in piena coerenza con la concezione dell'*intuitus personae* quale elemento naturale (ma derogabile) dell'assetto organizzativo delle società personali.

D'altra parte tuttavia, si deve riconoscere che l'argomento letterale non può essere considerato sufficiente ad asserire l'ammissibilità dell'amministratore – estraneo nelle società di persone: l'inciso iniziale dell'art. 2257 («salvo diversa pattuizione»), se da un lato potrebbe essere «invocato al fine di ammettere la derogabilità non solo quanto ai sistemi amministrativi, ma anche relativamente ai soggetti cui affidare il potere di amministrazione» ²⁷⁵, dall'altro lato appare troppo tenue per superare le obiezioni, di carattere logico sistematico (delle quali si discorrerà *infra*), alla soluzione positiva del problema.

Una conferma (sia pur di valore modesto) dell'inconferenza dell'inciso in parola a far ritenere consentita la figura dell'amministratore – non socio, la scorgiamo nel disegno di legge di riforma delle società di persone ²⁷⁶ che, riformulando l'art. 2257, prevedeva la possibilità che una persona giuridica amministrasse la società semplice, a condizione che la prima fosse *socia* della seconda. È vero che all'argomento letterale non si deve attribuire valenza risolutiva, ma è anche vero che la Relazione al suddetto disegno di legge afferma che l'articolo in oggetto «parlando di “persona giuridica socia”, implicitamente ma chiaramente esclude che attribuzioni amministrative possano conferirsi a persone giuridiche che non siano

²⁷⁴ Si potrebbero riproporre, in *subjecta materia, mutatis mutandis*, le argomentazioni che, nel par. 1 del Cap. II, ci hanno fatto ritenere il dato letterale assolutamente inadeguato ad escludere che una persona giuridica possa amministrare una società. In passato, tuttavia, G. Auletta, *Appunti di diritto commerciale. Imprenditori e società*, cit., p. 147, ha ritenuto decisivo, per escludere l'amministratore estraneo nelle società personali, il tenore letterale delle norme che abbinano la locuzione «amministratori» a quella di «soci» (nonché, in tema di s.n.c., l'art. 2295, n. 3, per il quale «l'atto costitutivo della società deve indicare i soci che hanno l'amministrazione»).

²⁷⁵ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1212 s.

²⁷⁶ Già citato in nota 21.

socie» ²⁷⁷. Ossia, secondo il legislatore storico, la salvezza di diverse pattuizioni (inciso dell'art. 2257) trova un preciso limite nell'impossibilità di attribuire le funzioni amministrative ad una persona giuridica estranea. Ne consegue che non si vede il motivo per cui si dovrebbe invece ammettere che amministratore possa essere una persona fisica non socia.

Esclusa dunque la facile tentazione di risolvere il problema, in un senso o nell'altro, sulla base del solo dato letterale, occorre anche evitare di cadere nel "circolo vizioso" del riconoscimento dell'ammissibilità dell'amministratore estraneo a seconda della tesi inerente alla natura giuridica del rapporto di amministrazione che si voglia accogliere (v. par. 1).

Detto ciò, non resta che verificare se il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* trovi o meno una giustificazione causale nel modello della società semplice.

Il punto di partenza è, ovviamente, l'art. 2267, che sancisce la responsabilità personale, solidale ed inderogabile, nei confronti dei creditori sociali, dei soci che hanno agito in nome e per conto della società e quella derogabile degli altri soci. Questo articolo esterna un vincolo di solidarietà passiva tra i soci che hanno agito per la società assumendo obbligazioni e i soci che non hanno agito, che pure rispondono per le medesime obbligazioni ²⁷⁸. Da ciò, parte della dottrina ha tratto anche la conclusione che questi «altri soci», i quali rispondono per le obbligazioni sociali pur non avendo compiuto alcun atto rappresentativo, ne risponderebbero non più (o non solo) come rappresentanti, ma come amministratori ²⁷⁹. Tuttavia, in questa sede non interessa tanto la diatriba dottrinale tra chi ritiene che il patto di limitazione della responsabilità (*ex art. 2267, 2° comma*) possa riguardare soltanto i soci privi di ogni potere amministrativo ²⁸⁰ e chi invece lo estende anche ai soci privi del potere di rappresentanza ma dotati di quello di gestione interna ²⁸¹, giacchè entrambe le posizioni presuppongono

²⁷⁷ Relazione d'accompagnamento al disegno di legge di riforma delle società in generale e delle società di persone, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 335.

²⁷⁸ F. Di Sabato, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, cit., p. 363.

²⁷⁹ F. Galgano, *Degli amministratori di società personali*, cit., pp. 87 ss.

²⁸⁰ F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, cit., p. 81, secondo il quale il potere di rappresentanza generale dell'art. 2266 presuppone la spettanza del potere di direzione dell'impresa sociale. L'Autore fa leva anche sull'interpretazione storica fornita dalla relazione ministeriale ove si afferma che con l'art. 2267 si è voluto introdurre «per i soci non gestori il patto limitativo della responsabilità».

²⁸¹ A. Graziani, *op. ult. cit.*, p. 125; F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, 2005, p. 86.

solamente la possibilità di affidare la gestione sociale, con una responsabilità limitata, a soggetti che siano comunque soci ²⁸².

Vogliamo piuttosto capire cosa accadrebbe se il potere di amministrazione fosse attribuito ad un terzo estraneo alla società. In siffatta ipotesi, si profilerebbe il rischio di una lacuna di tutela per i creditori sociali. Infatti, se tutti i soci (privi di ogni potere di gestione e di rappresentanza) limitassero pattiziamente la loro responsabilità e l'amministrazione fosse conferita ad un terzo - irresponsabile proprio perché non socio e quindi al di fuori della portata dell'art. 2267, 1° comma - non si troverebbe più un soggetto illimitatamente responsabile per i debiti sociali; ciò in palese contraddizione con le caratteristiche tipologiche della società semplice ²⁸³.

Sul punto, appaiono scarsamente persuasive le obiezioni sollevate da quella parte della dottrina che invece ammette anche nella società semplice l'amministratore estraneo ²⁸⁴. Così, si è opinato che il terzo estraneo potrebbe comunque essere assoggettato a responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, oppure che non si profilerebbe il rischio di una generale pattuizione limitativa della responsabilità dei soci di s.s. giacché un simile assetto si potrebbe realizzare soltanto adottando un diverso modello societario, o, ancora, che in ogni caso i soci che hanno nominato il terzo amministratore risponderebbero comunque illimitatamente per la gestione dell'impresa da parte del terzo, o ne risponderebbero per una sorta di *culpa in eligendo*.

Tutte queste obiezioni, a ben vedere, non sembrano fondate.

Della prima si è già detto nel par. 1 del presente Capitolo ²⁸⁵, dovendosi peraltro ulteriormente sottolineare l'artificiosità di una costruzione che, per giustificare l'ammissibilità dell'amministratore estraneo, cerca di estendere, in contrasto con la lettera della legge, la responsabilità *ex art.* 2267 ad un soggetto non socio, che a ben vedere sarebbe un mandatario della società ²⁸⁶.

²⁸² A dir il vero, è rimasta isolata l'opinione che subordina l'ammissibilità dell'amministratore estraneo alla condizione che questi non sia anche rappresentante della società (A. Graziani, *op. ult. cit.*, p. 118). Essa finirebbe per creare artificiosamente, senza alcun conforto sistematico, due categorie di amministratori, quella dei soci e quella dei soggetti estranei, attribuendo alla prima e negando alla seconda il potere generale di rappresentanza.

²⁸³ L'enunciato è ormai consueto in dottrina: B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 426; A. Pagliani, *op. ult. cit.*, p. 1040; R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1212.

²⁸⁴ V. nota 234.

²⁸⁵ In particolare, per la critica a tale opinione, v. la nota 239.

²⁸⁶ Sul punto, v. già il par. 2.5 del Cap. II.

La seconda obiezione, relativa all'impossibilità di configurare una società semplice in cui tutti i soci non amministratori, in presenza di un amministratore estraneo, limitino pattiziamente la loro responsabilità per le obbligazioni sociali, ci pare non colga nel segno: essa finisce per considerare come un ostacolo concettuale insuperabile quel medesimo pericolo di alterazione tipologica della società che si potrebbe di fatto verificare. Cioè, è fuor di dubbio che una società di persone in cui tutti i soci siano limitatamente responsabili non possa più qualificarsi come società personale, ma piuttosto come società a responsabilità limitata, ma è altrettanto vero che il rischio che ciò accada mediante un uso distorto (ma che giuridicamente non potrebbe considerarsi come un abuso del diritto) dello strumento pattizio di limitazione della responsabilità, è tutt'altro che remoto.

Nemmeno ci sembra condivisibile la terza obiezione, secondo la quale, anche nel caso di nomina di un amministratore estraneo, la responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte da costui continuerebbe a gravare sui soci che lo hanno nominato. A ben vedere, una simile affermazione postula l'adesione alla ricostruzione del rapporto tra soci che effettuano la nomina e terzo designato come rapporto di mandato con rappresentanza, in cui amministratori restano tutti i soci congiuntamente, avendo essi compiuto, appunto congiuntamente, un atto di amministrazione, consistente nella nomina di un mandatario generale ²⁸⁷. In quest'ottica, il mandatario, assoggettato alle direttive dei soci mandanti, sicuramente non assumerebbe una responsabilità personale nei confronti dei terzi con cui egli abbia contrattato, salvo quel particolare obbligo risarcitorio che gli deriverebbe dall'aver agito come *falsus procurator ex art. 1398*.

Pertanto, la *culpa in eligendo* che si è ipotizzato porre in capo ai soci che hanno nominato il mandatario ²⁸⁸, da un lato non pare utile se si voglia ritenere – come ritengono alcuni tra quelli che ammettono l'amministratore estraneo – che gli stessi soci già rispondano *ex lege* delle obbligazioni da esso assunte, dall'altro non appare idonea ad offrire ai terzi quella medesima tutela che deriva loro dalla responsabilità illimitata dei soci amministratori. È vero infatti che quella *culpa* può essere ravvisata in capo al mandante che si sia avvalso di un rappresentante per compiere l'illecito, cioè «quando l'attività del rappresentante appaia svolta verosimilmente nei limiti del mandato» ²⁸⁹, ma è anche vero che si tratta pur sempre di una ricostruzione esegetica che, per quanto condivisa tra gli operatori del diritto, non sembra avere

²⁸⁷ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 79; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., p. 126.

²⁸⁸ In questo senso, S. Patriarca, *op. ult. cit.*, p. 944.

²⁸⁹ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 208, nota 1.

quella medesima *vis* “rassicurante” per i terzi creditori e allo stesso tempo “anti-processuale”, che promana invece dalla concreta applicazione del principio *keine Herrschaft ohne Haftung*. Ossia, la norma contenuta nell’art. 2267, da un lato rappresenta un baluardo insopprimibile per i creditori sociali, dall’altro consente a coloro che vogliano far parte di una società semplice di essere consapevoli, *ex ante*, della responsabilità per le obbligazioni sociali che essi assumono di *default*, in mancanza di un patto contrario. Ciò dovrebbe quindi svolgere anche una funzione di prevenzione delle liti, non dipendendo l’assunzione di responsabilità dallo stato soggettivo (dolo o colpa) dei soci (sia di quelli che «hanno agito in nome e per conto della società», sia degli altri). Nel caso invece della *culpa in eligendo* (nella scelta, da parte dei soci, dell’amministratore estraneo) bisogna ammettere che l’assenza di un preciso dato normativo non infonde uguali certezze nella società e nei suoi creditori. In particolare, come si è visto, per individuare tale *culpa* occorre pur sempre un nesso di causalità necessaria, «nel senso che l’attività espletata per conto del preposto abbia determinato la situazione che ha reso possibile l’evento dannoso»²⁹⁰. Ora, se si ammetta la possibilità di nominare un amministratore estraneo, si dovrebbe riconoscere la *culpa in eligendo* in capo ai soci soltanto quando le obbligazioni da esso assunte siano in qualche modo ricollegabili alle mansioni gestorie²⁹¹. Vediamo invece che l’art. 2267 sancisce la responsabilità personale e solidale di tutti i soci (che non la abbiano pattiziamente limitata) per tutti i tipi di obbligazioni, derivanti da contratto, ma anche da fatto illecito o da altre cause²⁹². Nell’ipotesi dell’attribuzione dell’incarico amministrativo ad un soggetto non socio potrebbe risultare quindi più complesso accertare quali obbligazioni siano state da questi assunte in virtù (o comunque in occasione) dell’espletamento delle funzioni gestorie, e ciò a maggior ragione quando alla base vi sia un mandato (ad amministrare), il cui contenuto e i cui limiti richiedono un’attenta analisi. Insomma, ci pare che nella realtà applicativa la ricostruzione della responsabilità dei soci *sub specie* di *culpa in eligendo* possa indebolire la tutela dei terzi, soprattutto se la si confronta con la ben più chiara ed incontrovertibile formulazione dell’art. 2267, 1° comma.

Pertanto, se da queste osservazioni emerge, come abbiamo visto, che un eventuale patto limitativo della responsabilità di tutti i soci non amministratori finirebbe per costituire un

²⁹⁰ A. Trabucchi, *op. cit.*, p. 208.

²⁹¹ Allo stesso modo, qualora si voglia qualificare il terzo come “mandatario”, sarebbe pur sempre necessario verificare che la sua attività, fonte delle obbligazioni, sia stata svolta nei limiti del mandato.

²⁹² F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 80. In giurisprudenza, Cass., 4 aprile 1998, n. 3512, in *Mass. Foro it.*, 1998; Cass., 14 ottobre 1991, n. 10814, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 713.

potenziale pericolo per la garanzia dei terzi contraenti con la società in presenza di un amministratore estraneo, non resta che affermare che anche nella società semplice il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* si configura come inderogabile. Da quanto fin qui detto emerge infatti che sia la tesi che esclude l'ammissibilità di un amministratore estraneo, sia quella che la accoglie, ritengono comunque necessario salvaguardare la garanzia patrimoniale dei terzi creditori della società, costituita dal patrimonio personale di uno o più soci.

Posta in questi termini la questione, si potrebbe allora sostenere – come in effetti è stato accennato da una dottrina²⁹³ - l'inesistenza di ostacoli a nominare amministratore un soggetto estraneo, allorquando i soci della società semplice *non* abbiano previsto un patto limitativo della responsabilità.

Una simile ricostruzione ci sembra tuttavia scarsamente praticabile già sotto il profilo applicativo, per i problemi che essa creerebbe: cosa succederebbe se i soci introducessero il suddetto patto in un secondo momento? Si verificherebbe forse una decadenza automatica del terzo dalla carica di amministratore? Non lo crediamo, posto che le cause legali di decadenza sono tassative e non certo ampliabili in via esegetica. Né sembra sostenibile che il terzo amministratore sia revocabile per giusta causa o in via giudiziaria: difficile rinvenire la giusta causa in un avvenimento completamente estraneo alla sfera personale dell'amministratore.

D'altronde, non riteniamo nemmeno immaginabile che, in tale particolare caso, possa predicarsi l'inefficacia verso i terzi del patto limitativo della responsabilità²⁹⁴; la legge infatti subordina l'opponibilità del patto alla sola condizione dell'adeguata pubblicità, mentre appare sicuramente eccessivo desumere dalla nomina di un amministratore estraneo il divieto per i soci di escludere o limitare la propria responsabilità. Un simile ragionamento finirebbe per invertire i termini del problema: anziché valutare l'ammissibilità della nomina di un amministratore - non socio sulla scorta dell'art. 2267, che sancisce la responsabilità illimitata inderogabile dei soci amministratori e quella derogabile degli altri soci, si verrebbe a condizionare la disponibilità di quest'ultima alla circostanza che l'amministrazione sia attribuita o meno ad un terzo estraneo.

Sotto il profilo teorico, poi, si paleserebbe quantomeno un'incoerenza nell'ammettere la figura dell'amministratore estraneo soltanto nelle società semplici ove almeno un socio conservasse la responsabilità illimitata: si finirebbe per creare due sottospecie di modelli

²⁹³ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1212.

²⁹⁴ Si interroga invece in tal senso, R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1213.

societari nell'ambito del *genus* della società semplice, risultato che pare francamente inaccettabile ²⁹⁵.

A questo punto, però, oltre all'esigenza più volte ribadita di assicurare che i creditori della società "dispongano" sempre di un soggetto personalmente ed illimitatamente responsabile per le obbligazioni assunte, occorre interrogarsi sulla *ratio* del principio *keine Herrschaft ohne Haftung* nella società semplice, in modo da individuare un argomento decisivo anche contro le tesi (peraltro già confutate) che ammettono la nomina dell'amministratore estraneo, giusta la conservazione della responsabilità illimitata dei soci (che lo hanno designato).

Ebbene, sul punto concordiamo con la dottrina tradizionale ²⁹⁶ che, partendo dalla struttura della compagine sociale della s.a.s. (sulla contrapposizione tra soci accomandanti ed accomandatari, v. il par. precedente), ne estende la proiezione alla società semplice, ove i patti sociali *possono* prevedere l'esistenza di due categorie di soci: l'una costituita dai soci amministratori muniti necessariamente di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, l'altra rappresentata dai soci privi di poteri generalmente definiti "gestori" (cioè del potere di rappresentanza e, secondo l'opinione prevalente, anche del potere di amministrazione interna) che hanno pattiziamente escluso o limitato la loro responsabilità.

Il parallelismo che è stato proposto tra s.a.s. e s.s. appare calzante: nella prima la contrapposizione tra due categorie di soci rappresenta un elemento identitario necessario, nella seconda essa si atteggia piuttosto come un elemento accidentale di derivazione pattizia. E però in entrambe la correlazione tra potere di gestione e responsabilità illimitata è fortemente voluta dal legislatore come caratteristica distintiva della struttura societaria, ogni qual volta essa risulti bipartita in due "classi" di soci dotate di differenti responsabilità. Ci sembra cioè che, nella s.s. come nella s.a.s., il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* sia posto non tanto (o non solo) a tutela dei creditori sociali, quanto piuttosto a presidio della distinzione tra due categorie di soci (quelli a responsabilità personale illimitata e quelli a responsabilità limitata), chiamate a svolgere un diverso ruolo nel contesto della medesima società ²⁹⁷.

²⁹⁵ Così come inaccettabile sarebbe riconoscere la possibilità che una società di capitali ne amministri una di persone, soltanto quando quest'ultima non abbia, tra gli altri soci, persone fisiche. L'accoglimento di un'opzione ermeneutica non può essere, in questi casi, soltanto parziale, perché genererebbe disuguaglianze e ambiguità all'interno dello stesso "tipo" societario.

²⁹⁶ O. Cagnasso, *I singoli contratti. La società semplice*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 152.

²⁹⁷ Sul punto non si può che richiamare quanto già detto nel par. precedente in materia di s.a.s. ed, in particolare, la Cass., 22.6.1978, n. 3092, cit. in nota 250. Peraltro, se si accetta questa tesi, coerenza

Non si tratta dunque – come già affermato nel par. precedente – di applicare analogicamente alla società semplice l'art. 2318 dettato per la s.a.s., quanto piuttosto di estrapolare una regola valida per quel tipo sociale (*id est* la società semplice) dall'art. 2267. E quest'ultimo esclude che i soci che agiscano in nome e per conto della società possano limitare la loro responsabilità per le obbligazioni sociali, con ciò confermando, anche nelle società semplici, l'inerenza del rischio patrimoniale illimitato al potere di gestione.

Allora, considerato che l'eventuale terzo designato ad amministrare la società non assumerebbe responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (su questo v. *supra*), tale fattispecie confliggerebbe palesemente con la regola sopra delineata. O meglio: a confliggere con il principio enunciato sarebbe soltanto l'attribuzione del potere generale di rappresentanza *ex art.* 2266 ad un soggetto non socio, mentre pienamente legittima sarebbe la nomina del terzo quale mandatario *ex art.* 1708²⁹⁸.

In quest'ottica, non concordiamo quindi con chi afferma che la riserva di competenza gestoria ai soci illimitatamente responsabili costituirebbe un carattere tipologico limitato alla s.a.s.²⁹⁹: ci sembra piuttosto che anche nella società semplice la figura dell'amministratore estraneo sia incompatibile con quel principio *keine Herrschaft ohne Haftung* ben presente in questo modello elementare di società personale.

E allora, ipotizzando una società semplice i cui soci siano tutti società di capitali – fattispecie della cui legittimità si è detto all'inizio del presente paragrafo – si deve concludere, di

vuole che si considerino illimitatamente responsabili anche i soci non amministratori che abbiano agito in forza di procura conferita dai soci amministratori, stante l'espressione generale dell'art. 2267 («soci che hanno agito in nome e per conto della società»).

²⁹⁸ Scrive bene F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 79, che il mandatario *ad hoc* «non potrà compiere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, se non siano stati espressamente indicati nella procura», mentre «il conferimento di poteri rappresentativi anche generali a non soci non priva i soci del potere di rappresentanza: i soci conservano, anche se affidano ad un estraneo la gestione dell'impresa sociale, la qualità di amministratori e, di conseguenza, quella di rappresentanti della società». Sotto questo profilo, pertanto, non condividiamo i rilievi che tendono a svuotare il dibattito di utilità pratica, sostenendo l'equipollenza tra la nomina di un mandatario od institore e quella di un amministratore estraneo (in questo senso, invece, sembrerebbe porsi C. Conforti, *L'inammissibilità di amministratore estraneo alla compagine delle società di persone*, 14.4.2008, in www.personaedanno.it). La differenza tra le fattispecie è ancora una volta ben evidenziata da F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 78: la rappresentanza *ex art.* 2266 «comprende anche gli atti di straordinaria amministrazione (ed è, sotto questo aspetto, più estesa della rappresentanza del mandatario generale, che l'art. 1708, comma 2°, limita all'ordinaria amministrazione); inclusa l'alienazione di immobili o la costituzione di ipoteca su di essi (vietata, invece, all'instutore dall'art. 2204)».

²⁹⁹ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1214, il quale reputa la s.a.s. un tipo sociale complesso, ove può essere non consentito ciò che nei modelli organizzativi semplici (s.s. e s.n.c.) è invece possibile. Il ragionamento dell'Autore è senz'altro corretto in linea generale, tuttavia non ci pare che la nomina dell'amministratore estraneo sia da considerarsi un elemento pacificamente ammesso nella società semplice, proprio a causa del più volte citato art. 2267.

necessità, che gli amministratori debbano essere scelti tra le stesse società di capitali, le quali risponderanno per le obbligazioni sociali con tutto il loro patrimonio, non potendo partecipare a patti di esclusione o limitazione della responsabilità.

Peraltro, se si accolga tale conclusione, si dovrà anche ammettere la possibilità che in una società semplice costituita sia da persone fisiche che da società di capitali la funzione amministrativa sia attribuita a queste ultime, giacchè – come già detto più volte ³⁰⁰ – appare metodologicamente scorretto riconoscere o negare un’opzione interpretativa in funzione della effettiva composizione sociale del medesimo modello di società personale di riferimento.

Paragrafo 4 – Alcuni dubbi per le società in nome collettivo

Se, come ci è parso di estrapolare dall’analisi del problema dell’amministratore estraneo nelle s.a.s. e nelle s.s., la soluzione del medesimo dipende dalla validità del principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, l’indagine risulta ancora più complessa nella s.n.c., dove «tutti i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali», mentre un eventuale patto contrario «non ha effetto nei confronti dei terzi» (1° e 2° comma dell’art. 2291); vedremo che queste norme, “cristallizzando” la garanzia patrimoniale dei creditori sociali, potrebbero in qualche modo giustificare la nomina di un amministratore non socio.

Detto ciò, non condividiamo invece l’approccio di quella dottrina ³⁰¹ che, partendo dalla concezione della natura “derivativa” dei poteri amministrativi e dalla qualificazione del rapporto di amministrazione come di «mandato reciproco», giunge ad ammettere l’amministratore estraneo. In particolare, questa dottrina afferma che i soci possano ben nominare a dirigere l’impresa sociale chi essi vogliano, giacchè il potere di amministrazione non sarebbe immanente allo *status socii*, ma sarebbe piuttosto concesso dalla collettività dei soci stessi: solo così troverebbe ragione la responsabilità di ciascun socio per le obbligazioni sociali assunte dall’amministratore ³⁰². Risulterebbe, secondo questa tesi, fondamentale

³⁰⁰ V. da ultimo la nota 295.

³⁰¹ B. Libonati, *op. ult. cit.*, pp. 443 ss.

³⁰² B. Libonati, *op. ult. cit.*, pp. 450 ss. Secondo l’Autore, «il dover rispondere il gruppo e quindi, *pro parte*, ogni socio per l’attività dell’amministratore, implica di per sé che i soci abbiano acconsentito a che l’attività di quell’amministratore rilevi con riferimento alla loro sfera patrimoniale. Altrimenti, la formula non potrebbe spiegarsi in un sistema – come quello del codice vigente – dominato dal principio dell’autonomia privata, e non troverebbe ragione l’essere ogni socio impegnato per il fatto compiuto da altri». Orientato verso l’attribuzione del potere d’impresa alla collettività dei soci e dei poteri di amministrazione ai soggetti specificamente designati, anche F. Vassalli, *op. ult. cit.*, pp. 77 ss., il quale trae questa conclusione dall’esame della disciplina penale fallimentare, che individua quali

distinguere tra il modello legale di amministrazione *ex art. 2257*, in cui gli amministratori sono presunti *ex lege* nelle persone di tutti i soci (non potendo il gruppo impartire istruzioni vincolanti) e in cui ovviamente non può esistere un amministratore estraneo, ed il caso di nomina, da parte del gruppo, di un socio o di un *estraneo* alla carica di amministratore: in tale seconda fattispecie il gruppo potrebbe sostituirsi alle decisioni dell'amministratore, dettando istruzioni vincolanti.

Già questa tesi è stata confutata da autorevole dottrina³⁰³, che ha evidenziato come alla base della stessa vi sia una non corretta lettura dell'art. 2257, 2° comma, ritenuto (arbitrariamente) applicabile al solo caso in cui tutti i soci siano amministratori (i quali potrebbero dunque, opponendosi, impedire un atto altrui, ma non pretendere un determinato comportamento), con la conseguenza (altrettanto arbitrariamente desunta) che qualora l'amministrazione fosse affidata ad alcuni soci soltanto, il gruppo (costituito dai soci non amministratori) potrebbe dettare direttive vincolanti.

A noi pare, in particolare, che il vizio del ragionamento della riportata teoria del Libonati stia nel trarre un dato certo – l'ammissibilità dell'amministratore estraneo nelle s.n.c. – da una premessa indimostrata, *id est* la natura derivativa dei poteri gestori. Quest'ultima, secondo tale dottrina, sarebbe idonea a giustificare la previsione legislativa dell'art. 2291 inerente la responsabilità personale ed illimitata di tutti i soci per le conseguenze derivanti da atti compiuti da altri (amministratori soci o non soci), disposizione che non sarebbe invece coerente con la teoria della natura originaria del potere gestorio.

Se è vero che l'antico brocardo *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* esprime il generale principio della relatività del negozio giuridico, tale per cui gli effetti dello stesso si producono soltanto tra le parti o tutt'al più a favore del terzo (art. 1411), è altrettanto vero che l'ordinamento conosce dei casi in cui l'atto (negoziale) compiuto da un soggetto produce effetti non necessariamente positivi nella sfera giuridica altrui³⁰⁴.

soggetti attivi dei reati di cui agli artt. 223 ss. l. fall, non i «soci in quanto tali, bensì gli amministratori, intendendo quei soggetti che assumono il potere-dovere di gestire la società in forza di uno specifico incarico della collettività» (p. 114 s.).

³⁰³ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 63, nota 38, il quale definisce quelle di Libonati come una serie di «errate illazioni intorno alla figura giuridica del socio amministratore».

³⁰⁴ Basti pensare al caso della rinuncia, in determinate circostanze, al fondo servente da parte del suo proprietario, che comporta l'acquisto dello stesso ad opera del proprietario del fondo dominante (art. 1070): come noto, l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale può comportare anche conseguenze negative per il suo titolare, come oneri reali, pesi, o finanche essere causa di responsabilità *extra* contrattuale per danni cagionati ai terzi.

Non è detto cioè – contrariamente a quanto sostenuto dal Libonati - che la responsabilità illimitata di tutti i soci di s.n.c. sia necessariamente una conseguenza della scelta dell'amministratore (socio o estraneo) da parte del gruppo e dell'assoggettamento di quest'ultimo ai risultati (positivi o negativi) dell'operato del primo.

Potrebbe darsi, invece, che quella responsabilità faccia capo ai soci semplicemente perché essa è prevista dalla legge ed i soci, sottoscrivendo quel tipo di contratto sociale, sono destinati a sopportare gli effetti negativi della gestione altrui: il fatto che i soci accettino le regole proprie del modello società in nome collettivo non comporta di necessità che il potere di amministrazione abbia natura derivativa, ben sposandosi tale accettazione anche con un'eventuale natura originaria (ossia inerente allo *status socii*) di quel potere.

Quella medesima dottrina ha cercato di corroborare la teoria della natura derivativa del potere di gestione anche nel caso del sistema legale di amministrazione disgiuntiva *ex art. 2257*, sostenendo che ivi si verificherebbe un'attribuzione tacita da parte del gruppo: il legislatore presupporrebbe che, in mancanza di diversa pattuizione, i soci intendano conferire il potere di amministrazione a ciascuno di essi.

A sostegno di tale ricostruzione, si è altresì invocato il carattere solo *suppletivo* e non dispositivo dell'art. 2257, 1° comma. Questa norma cioè - contrariamente a quanto affermato dalla dottrina tradizionale - non sancirebbe il potere di amministrazione come effetto naturale del contratto di società, ma si limiterebbe a dettare una disciplina suppletiva per il caso in cui i soci nulla dispongano al riguardo. Ciò sarebbe confermato dal fatto che l'ulteriore disciplina che il codice riserva al rapporto di amministrazione sarebbe «predisposta per lo più in funzione dell'ipotesi di regolamentazione autonoma del rapporto di amministrazione (...) sul presupposto che esso abbia avuto origine negoziale»³⁰⁵. Norme decisive, in tal senso, sarebbero l'art. 2258 che sembrerebbe «costituire un ausilio o un indirizzo alla libera determinazione delle parti»³⁰⁶, nonché gli artt. 2259 e 2260 che «nell'ipotesi di amministrazione disgiuntiva di ciascun socio finiscono col trovare scarsissima possibilità di applicazione»³⁰⁷.

³⁰⁵ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 163.

³⁰⁶ F. Vassalli, *ibidem*.

³⁰⁷ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 164. L'art. 2259, che sancisce il potere di revoca dell'amministratore ad opera dei soci, è stato interpretato come norma che «presuppone la permanenza, nelle collettività dei soci, della titolarità del potere di gestione, e quindi della possibilità della stessa di impartire agli amministratori istruzioni su atti di gestione e di sostituirsi, eventualmente, ad essi nell'iniziativa delle operazioni sociali» (A. Pavone La Rosa, *La teoria dell'«Imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 655, nota 57; conf. B. Libonati, *op. ult. cit.*, pp. 443 ss.). L'art.

Autorevole dottrina ha già evidenziato l'inconferenza di queste ultime due norme, ricordando: a) come l'art. 2259 sia simile a quegli articoli in materia di società di capitali ove pure viene sancito il potere dell'assemblea di revocare gli amministratori, senza che tuttavia essa possa impartire agli stessi istruzioni sulla gestione (potere che, invece, la contraria dottrina vorrebbe desumere, nel contesto delle società personali, a favore del gruppo dei soci) ³⁰⁸; b) come l'art. 2260, lungi dal voler definire il rapporto tra società ed amministratori, regoli «l'amministrazione sociale non per applicazione diretta, ma per estensione» ³⁰⁹, non potendosi di certo ritenere applicabile l'art. 1711, 2° comma, circa il dovere del mandatario di attenersi alle istruzioni ricevute.

Quanto, infine, all'art. 2258 che, secondo la contraria dottrina, sembrerebbe suggerire l'esigenza primaria di autoregolamentazione, deponendo quindi a favore del carattere solo suppletivo e non dispositivo dell'art. 2257 ³¹⁰, replichiamo che anche in un altro contesto (quello delle s.r.l.), per certi versi oggi ancor più simile a quello delle società personali, il legislatore ha dettato una norma che, facendo salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo, regola il rapporto di amministrazione in modo pressoché completo, distinguendolo dal rapporto di partecipazione sociale, ma, al tempo stesso, non escludendo l'immanenza del potere direttivo in capo ad ogni socio. Ci riferiamo all'art. 2475 in materia di s.r.l., che detta una disciplina destinata a trovare applicazione in mancanza di una diversa scelta statutaria: si noti come, «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo», l'amministrazione spetta ai soci nominati con decisione dei soci stessi, deponendo tale norma (apparentemente) in favore della natura derivativa del potere di amministrazione. Un'attenta analisi della disciplina ha tuttavia condotto gli interpreti a ritenere che, nel caso di completo silenzio dell'atto costitutivo in ordine ai soggetti cui debba essere affidata l'amministrazione nonché in merito alle norme di funzionamento della società, il potere di gestione spetti a *ciascun socio* ³¹¹. Ora, indipendentemente dal regime di amministrazione che si ritenga poi

2260, invece, prevedendo la responsabilità degli amministratori verso la società per le violazioni degli obblighi derivanti dal rapporto (di mandato) con la società stessa, rappresenterebbe un altro segno della supremazia della collettività dei soci sui gestori (F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 180, nota 30).

³⁰⁸ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 63, nota 41.

³⁰⁹ F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 65.

³¹⁰ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 163.

³¹¹ C. Bolognesi, *L'amministrazione delle società a responsabilità limitata dopo la riforma. Le lacune normative e le incertezze della dottrina*, in *Impresa*, 2004, p. 456; G.E. Colombo, *Il nuovo ordinamento delle società*, a cura del Consiglio Notarile di Milano e della Scuola del Notariato della Lombardia, Federnotizie, 2003, pp. 267 ss. Anche secondo M. Avagliano, *Dell'amministrazione della società e dei controlli*, in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, p. 344,

applicabile in tale ultima ipotesi ³¹², questo esempio dimostra come non sia corretto dedurre da una regolamentazione legale (sia essa dispositiva o suppletiva) del rapporto di amministrazione, la natura originaria o derivata di quest'ultimo. Se questo è vero nel contesto della s.r.l., dove l'art. 2475 da un lato attribuisce il potere di nomina degli amministratori ai soci, ma dall'altro, in assenza di qualsivoglia indicazione statutaria, sembra avallare il riconoscimento del potere gestorio a tutti i soci, a maggior ragione ci pare una forzatura negare il significato fatto palese dall'art. 2257 nella società semplice (e in quella collettiva per estensione): ossia che ogni socio, in mancanza di diversa pattuizione, è di diritto amministratore della società.

Insomma, ci pare che la strada che porta ad affermare l'ammissibilità dell'amministratore – non socio passando per il riconoscimento della natura derivativa dei poteri di gestione, sia irta di difficoltà, proprio perché tale passaggio è tutt'altro che scontato.

Riteniamo altresì insufficiente il dato normativo che la stessa dottrina qui avversata ha valorizzato (e forse eccessivamente enfatizzato) per cercare di dimostrare l'ammissibilità dell'amministratore non socio nelle s.n.c. Ci riferiamo all'art. 223 legge fall., che dispone l'applicabilità agli amministratori di società dichiarate fallite delle pene previste per la bancarotta fraudolenta (art. 216 legge fall.): «giacché gli amministratori, soci, di una società di persone falliscono essi stessi se fallisce la società (art. 147 l. f.), e sono pertanto di per sé soggetti all'art. 216, la norma indicata, con riguardo alle società in nome collettivo, dovrà intendersi diretta a regolare (soltanto) l'ipotesi in cui gli amministratori siano, per l'appunto,

deve concludersi che «in mancanza anche della predisposizione di norme sul funzionamento della gestione (...) il relativo potere sia conferito a tutti i soci, in considerazione della regola per cui l'amministrazione spetti innanzitutto a loro (art. 2475, comma 1)». Nel senso invece che, nell'ipotesi di totale silenzio dell'atto costitutivo, il potere di nomina degli amministratori spetti comunque ai soci, essendo invece necessaria un'apposita previsione statutaria soltanto ove si vogliano adottare sistemi alternativi di designazione dei gestori, v. A. Nigro, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. banc. e merc. finanz.*, 2004, I, p. 14; P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 38; Oliviero, *Gli amministratori della S.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005, p. 3; A. Picciau, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in AA. VV., *La nuova S.r.l., prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina – Ibba – Racugno – Serra, Milano, 2004, p. 228; G. Santoni, *Sulla nomina di amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 249.

³¹² Alla teoria, minoritaria ma molto funzionale (sotto il profilo pratico della speditezza delle decisioni della società), che ritiene ivi applicabile il sistema di amministrazione disgiuntiva propria delle società personali (C. Scozzoli, in AA. VV., *Il nuovo statuto delle s.r.l.*, Expert Edizioni, 2003, p. 143), si contrappone quella prevalente favorevole al sistema collegiale di cui all'art. 2475, 3° comma (F. Parrella, *Amministrazione della società*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, p. 105; Buonocore, *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, pp. 162 ss.; G.E. Colombo, *ibidem*).

non soci»³¹³. A sostegno di questa tesi, vengono altresì invocati l'art. 222 legge fall., che già prevede, autonomamente, l'applicazione delle suddette pene ai fatti commessi dai soci illimitatamente responsabili di s.n.c. (e di s.a.s.)³¹⁴, nonché la circostanza che il previgente art. 223 legge fall. (cioè il testo vigente all'epoca in cui fu sostenuta la tesi) richiamava l'art. 2623 c.c., il quale puniva gli amministratori che, in violazione delle disposizioni a tutela dei creditori, effettuavano la riduzione del capitale *ex art. 2306 c.c.* (vi sarebbe stato così un collegamento indiretto tra l'art. 223 legge fall. e gli amministratori di s.n.c.).

A nostro avviso, una simile ricostruzione non può essere accolta perché, da un lato, si avvale unicamente della disciplina fallimentare per colmare una lacuna del diritto commerciale (quella sull'ammissibilità dell'amministratore estraneo), quasi elevando l'art. 223 legge fall. a "norma di sistema", dall'altro estrapola dal dato letterale una supposta *voluntas legislatoris*³¹⁵.

Innanzitutto, è evidente che l'art. 223 legge fall., nell'individuare i soggetti attivi del reato, ha dovuto necessariamente contemplare tutti coloro che siano astrattamente in grado di commetterlo, senza fare distinzioni tra società di persone e società di capitali. Vogliamo con ciò significare che, quando il legislatore cita, tra gli altri, gli «amministratori», non intende riferirsi soltanto ai (forse possibili) amministratori - non soci di società di persone, ma a tutti «quei soggetti che possiedono diretti e concreti poteri di gestione, organizzazione e controllo sui beni o servizi relativi all'attività economica della società»³¹⁶; ne discende pertanto che interpretare la lettera dell'art. 223 legge fall. in chiave di argomento a favore della tesi dell'amministratore estraneo nelle società personali appare una forzatura.

La dottrina che maggiormente ha approfondito, sul punto, l'esame della disciplina penale fallimentare ha giustificato la distinzione tra i fatti di bancarotta commessi dai soci illimitatamente responsabili *ex art. 222 l. fall.* e quelli commessi dagli amministratori *ex art.*

³¹³ B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 426.

³¹⁴ L'art. 222 l. fall. e, più in generale, l'assoggettamento del socio illimitatamente responsabile di società personale alle norme penali fallimentari, sono stati considerati da una dottrina non più recente come segni essenziali della responsabilità d'impresa gravante sul socio stesso e, di conseguenza, della sostanziale identità tra tale responsabilità e quella dell'imprenditore commerciale: F. Vassalli, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione*, cit., pp. 47 ss. Sul punto v. anche R. Costi, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, pp. 210 ss.

³¹⁵ Peraltro, questa non coincide necessariamente con la *voluntas legis*, che si determina «non più in relazione al tempo ed all'occasione che hanno dato vita al testo legislativo quanto, piuttosto, alla sua polisemica formulazione ed alla sua concreta portata attuale» (A. Pugiotto, *Come non si interpreta il diritto. Dal sillogismo giuridico al circolo ermeneutico*, in www.dirittopubblicomc.org).

³¹⁶ I. Formaggia, *Commento all'art. 223*, in *Codice del Fallimento*, a cura di Pajardi, Milano, 2004, p. 1633.

223 e 224 l. fall., sulla base del fatto che i soci non amministratori, non avendo l'autonoma disponibilità dei beni sociali, possono perpetrare tali reati (soltanto) sui loro patrimoni personali, mentre gli amministratori, essendo titolari del potere di iniziativa nella gestione, possono perpetrarli (anche) sul patrimonio sociale ³¹⁷. Ne discenderebbe, quindi, che il legislatore del 1942, innovando rispetto al precedente codice di commercio e introducendo la suddetta bipartizione, avrebbe «distinto la posizione di socio illimitatamente responsabile, ovvero del socio che subisce il rischio dell'impresa, dalla posizione (solo eventualmente connessa con la prima) di amministratore e dunque di titolare di quel potere di iniziativa che costituisce il requisito più saliente ed insopprimibile della figura dell'imprenditore commerciale» ³¹⁸.

Ora, anche aderendo a questa ricostruzione – che in effetti potrebbe deporre a favore della distinzione tra la posizione di socio illimitatamente responsabile e quella di amministratore – non ci sembra che essa valga a dimostrare l'ammissibilità della figura dell'amministratore estraneo: più limitatamente, essa parrebbe dimostrare che possono esserci soci illimitatamente responsabili *non* amministratori, coerentemente con quanto può avvenire nelle società personali ³¹⁹.

Del fatto che il mero dato letterale della disciplina penalistica dei reati societari ed il gioco dei rinvii normativi non siano appaganti per sciogliere i dubbi al riguardo abbiamo anche una diretta conferma nell'evoluzione legislativa: il nuovo art. 2629, nel quale sono state trasposte le fattispecie illecite originariamente contemplate nell'art. 2623, n. 1 (ossia quello richiamato dal previgente art. 223 legge fall., il quale oggi richiama appunto l'art. 2629), non menziona più espressamente l'art. 2306 ³²⁰. Ne discende quindi che – fermo restando che la riduzione del capitale attuata illegittimamente dagli amministratori di una s.n.c. a danno dei creditori

³¹⁷ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, pp. 87 ss., il quale recepisce così la teoria penalistica di alcuni Autori, tra i quali: C. Pedrazzi, *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, in *Riv. soc.*, 1962, pp. 225 e 272; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1959, p. 123 s.; A. Pagliaro, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, p. 62.

³¹⁸ F. Vassalli, *op. ult. cit.*, p. 106.

³¹⁹ Che poi, secondo la dottrina in esame, questa conclusione possa mettere in crisi la presunta inscindibilità del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata, è un altro discorso, che affronteremo più avanti nel testo.

³²⁰ Osserva G. Casaroli, *Commento all'art. 2629*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009, p. 1636, che «il legislatore riformato ha costruito il delitto abbandonando, almeno letteralmente, la tecnica del rinvio alle prescrizioni civilistiche in materia di riduzione del capitale, fusione e scissione di società (...) e optando per la configurazione della fattispecie in termini di *delitto d'evento* (di danno)».

ben può integrare ancora il reato *ex art. 223 legge fall.* ³²¹ – è venuto a cadere quel “collegamento indiretto” tra quest’ultimo articolo e gli amministratori (soci od estranei) di s.n.c. Ne discende ulteriormente che è assai difficile attribuire alle parole utilizzate dal legislatore in un dato momento storico, poi inevitabilmente modificate e/o soppresse nell’evoluzione giuridica, il significato di una netta scelta di campo sul tema problematico dell’ammissibilità dell’amministratore estraneo nelle s.n.c.

Meglio allora ritenere, coerentemente al metodo fino ad ora utilizzato, che il dato letterale risulti “neutro” (o comunque non risolutivo) ai fini della nostra ricerca, mentre altrove andrà individuata la “chiave” per avvicinarsi maggiormente alla soluzione del problema dell’ammissibilità dell’amministratore estraneo: ci pare che, al riguardo, risulti fondamentale, ancora una volta, comprendere la funzione assolta, nel modello s.n.c., dal binomio potere di gestione – rischio imprenditoriale illimitato.

In effetti, il modello s.n.c. è stato il terreno sul quale la dottrina favorevole all’esistenza del suddetto binomio ha subito i maggiori “attacchi”. Si è detto, innanzitutto, che se possono esservi soci illimitatamente responsabili che non siano al contempo amministratori, ciò significa che la responsabilità non trova il proprio fondamento nell’esigenza di garantire una cosciente direzione dell’impresa ³²².

A questa osservazione potrebbe replicarsi, capovolgendo la prospettiva, che se un socio limitatamente responsabile partecipa all’amministrazione della società, egli assume una inderogabile responsabilità illimitata: tanto si ricaverebbe dall’art. 2320 in materia di s.a.s., norma che integrerebbe una lacuna dell’art. 2291, che invece non si occupa del problema ³²³, nonché dal più generale art. 2267, norma applicabile anche alla s.n.c. in quanto compatibile e che, secondo la dottrina già esposta nel paragrafo precedente, sancirebbe la responsabilità illimitata inderogabile dei soci dotati (anche solo) del potere di gestione (interna).

Una seconda critica alla regola *keine Herrschaft ohne Haftung* colpisce la presunta inderogabilità della responsabilità illimitata del socio che agisce in nome e per conto della società: in base ai principi generali sulle obbligazioni, quel socio potrebbe concludere con il creditore un patto con cui egli venga liberato dalla solidarietà o addirittura dalla responsabilità, oppure il creditore potrebbe semplicemente rimettere il debito a favore di uno

³²¹ Si rinvia ancora a G. Casaroli, *ibidem*.

³²² V. il paragrafo 1 del presente Capitolo ed in particolare la nota 241.

³²³ Così ragiona F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 96, nota 1, per il quale «anche nella società in nome collettivo il socio decadrà, qualora partecipi alla amministrazione, dall’eventuale patto che limiti la sua responsabilità interna».

o più dei soci obbligati in solido, riservandosi il suo diritto verso gli altri (art. 1301). A questo punto, però, se la regola *keine Herrschaft ohne Haftung* fosse diretta davvero a tutelare anche l'interesse generale al buon andamento delle imprese, essa dovrebbe togliere efficacia al suddescritto patto o all'atto unilaterale di remissione del debito, «poiché solo così potrebbe aversi la certezza che in nessun caso il potere di direzione sull'impresa sociale sarà esercitato da chi non risponde per le obbligazioni relative»³²⁴.

A nostro avviso, l'argomentazione esposta prova troppo. Anche a prescindere dalla correttezza di tale ricostruzione – in particolare occorrerebbe verificare se davvero nulla osti in questo contesto all'applicazione delle norme generali sulle obbligazioni³²⁵ – si possono sollevare almeno due obiezioni.

In primis, in mancanza di un patto interno di limitazione della responsabilità a favore di quel socio che è stato liberato dal creditore, gli altri soci (e la società) potrebbero comunque agire in regresso nei suo confronti e per la parte a lui spettante, applicandosi l'art. 2291, norma speciale e quindi prevalente rispetto all'art. 1301. In sostanza si potrebbe affermare che il creditore sociale possa certo rinunciare alla garanzia patrimoniale del socio che egli vuole liberare, ma non possa comunque interferire nei rapporti interni tra i soci, la cui regolamentazione resta affidata esclusivamente ad un patto sociale, in mancanza del quale ciascun socio conserva l'azione di regresso verso gli altri.

In secondo luogo, come abbiamo già visto (v. il par. 1 del presente Capitolo), la funzione di incentivo ad una oculata gestione societaria, che sarebbe svolta dal principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, è comunque contestata e non è quindi corretto, come fa invece la tesi critica sopra riportata, desumere dal mancato assolvimento di quella funzione l'inesistenza della regola stessa. Abbiamo infatti già detto che la *ratio* minima del principio “nessun potere senza responsabilità” va individuata nella migliore protezione degli interessi dei creditori sociali, i quali possono fare affidamento, oltre che sul patrimonio della società, anche su quello dei singoli soci che impegnano la società stessa. Ora, il fatto che il socio ed il creditore sociale si accordino affinché il secondo liberi il primo dalla solidarietà o addirittura dalla responsabilità non sembra scalfire quest'ultima *ratio*: al contrario, è proprio perché quella responsabilità è a tutela del creditore che questi può rinunziarvi, come avviene di consueto quando una norma

³²⁴ F. Denozza, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, cit., p. 216.

³²⁵ È lo stesso F. Denozza, *op. ult. cit.*, p. 134, nota 26, ad interrogarsi se «la remissione del debito ad un socio implichi necessariamente l'estinzione del debito anche nei confronti della società: poiché il socio risponde in quanto risponde la società, si potrebbe scorgere tra le due responsabilità un collegamento tale per cui l'una non può sussistere in assenza dell'altra».

giuridica tende a soddisfare l'interesse di un soggetto che, in quanto titolare di quello stesso interesse, può disporne e finanche abdicarvi.

Si tratta piuttosto di vedere, in questa sede, se la *ratio* minima della regola *keine Herrschaft ohne Haftung*, come sopra illustrata, abbia veramente ragion d'esistere nella società in nome collettivo.

In effetti, la dottrina al riguardo ha già evidenziato come, essendo inderogabile la responsabilità dei soci verso i terzi (a meno che – come già visto *supra* – non sia il creditore stesso a rinunziarvi), la nomina di un amministratore estraneo (e dunque irresponsabile) non potrebbe compromettere la posizione dei creditori sociali ³²⁶. Anzi, alla responsabilità solidale ed illimitata dei soci si aggiungerebbe la possibilità di far valere la responsabilità extracontrattuale dell'amministratore estraneo che abbia commesso un fatto illecito ³²⁷.

Posta in questi termini la questione, è indubbio che l'immanenza del potere di gestione allo *status* di socio illimitatamente responsabile non svolgerebbe più, nella s.n.c., nemmeno quella funzione minima, di tutela dei creditori, alla quale essa pure è preordinata negli altri modelli di società personali: ciò avviene, all'evidenza, perché nella s.n.c. non è consentito ai soci (anche a quelli non – amministratori) di limitare, verso l'esterno, la loro responsabilità.

E tuttavia, anche così ragionando, non ci siamo del tutto “liberati” dalle varie sfaccettature che il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* può assumere.

Abbiamo già visto nei paragrafi precedenti come, sia nella società in accomandita semplice che nella società semplice, indizi normativi facciano propendere per l'esistenza (legale nel primo caso, soltanto pattizia nel secondo) di due categorie di soci, l'una costituita dai soci amministratori necessariamente a responsabilità illimitata, l'altra rappresentata dai soci privi di poteri gestori con responsabilità limitata. E abbiamo anche detto che la regola *keine Herrschaft ohne Haftung* sarebbe posta (anche) a presidio di questa bipartizione all'interno delle compagini sociali.

Vediamo ora se una simile ricostruzione può permanere nella società in nome collettivo.

Parte della dottrina ha desunto dall'art. 2291, che non distingue tra soci amministratori e soci non amministratori, la possibilità di limitare la responsabilità interna anche a favore dei primi ³²⁸. Si è ribattuto che, nel formulare l'art. 2291, il legislatore non si è posto «l'ulteriore problema se ai soci con responsabilità interna limitata possa essere affidata

³²⁶ R. Guglielmo, *op. ult. cit.*, p. 1213.

³²⁷ F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, cit., p. 149.

³²⁸ F. Ferrara jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980, p. 250, nota 2.

l'amministrazione»³²⁹, dovendosi pertanto applicare il principio generale, proprio delle (altre) società personali, secondo cui chi amministra non può limitare la propria responsabilità con un patto sociale.

In effetti, quest'ultima tesi appare preferibile, perché il sistema delle società personali è costruito sul modello di "scatole cinesi", tale per cui alla s.n.c. si applicano, per quanto non espressamente previsto, le norme relative alle società semplici (v. il rinvio contenuto nell'art. 2293). E l'art. 2267 consente ai soli soci che non hanno agito in nome e per conto della società la facoltà di limitare pattiziamente la loro responsabilità: l'art. 2291 sul punto non modifica l'art. 2267, ma si limita a negare l'efficacia verso l'esterno di quel patto.

Dunque, anche nella s.n.c. si potrebbe verificare, in presenza di apposita clausola statutaria, la contrapposizione tra due categorie di soci: quella degli amministratori con piena responsabilità (esterna ed interna) e quella dei non - amministratori con responsabilità interna limitata.

Ci pare quindi che anche nella s.n.c., quando vi siano due categorie di soci dotate di responsabilità qualitativamente diverse, il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* giochi pur sempre un qualche ruolo, poiché impedisce ai soci amministratori di limitare la responsabilità verso l'interno.

Ma, ammesso ciò, risulterebbe quantomeno singolare che l'applicazione, rivisitata nel senso sopra descritto, della regola "nessun potere senza responsabilità" valga soltanto per il socio amministratore e non per il terzo nominato amministratore: quest'ultimo infatti sarebbe "istituzionalmente" privo di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali assunte in nome e per conto della società (lasciando da parte il caso in cui egli sia gravato di responsabilità extracontrattuale per fatto illecito), laddove invece il socio amministratore ne risponderebbe senza limite sia verso l'esterno, sia – se si accoglie la ricostruzione fatta sopra – internamente.

Riassumendo, ci troviamo di fronte a due dati contrastanti e che difficilmente consentono all'interprete di approdare ad una soluzione sicura: da un lato, la nomina dell'amministratore estraneo sembra non incidere sulla tutela della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, giusta la responsabilità solidale, illimitata ed inderogabile di tutti i soci, dall'altro lato, quella nomina sembra costituire un *vulnus* alla figura dell'amministratore come soggetto illimitatamente responsabile (figura che invece persiste se quel soggetto è un socio).

³²⁹ F. Galgano, *ibidem*.

A questo punto, è d'uopo approfondire la prima delle due affermazioni: possiamo cioè dire con certezza che la nomina di un amministratore estraneo risulti del tutto neutra ai fini della tutela dei creditori sociali? In altri termini: l'irresponsabilità del terzo – amministratore è adeguatamente “compensata” dalla responsabilità illimitata inderogabile di tutti i soci?

Non ne siamo completamente convinti.

La possibilità della nomina di un amministratore estraneo potrebbe prestarsi ad un uso distorto ed anche elusivo della tutela patrimoniale dei creditori sociali.

Si pensi al caso in cui i soci della s.n.c. siano soggetti (anche persone giuridiche) con un patrimonio limitato ed inadeguato al soddisfacimento delle obbligazioni: il terzo amministratore sarebbe così in grado di gestire la società senza rischiare il proprio e, nel caso di collusione con i soci della s.n.c., potrebbe finanche mettersi al riparo dalla responsabilità verso la società.

Si potrebbe obiettare che allo stesso risultato insoddisfacente per i creditori sociali ³³⁰ si giungerebbe nel caso “normale” in cui il potere di amministrazione spettasse ad uno o più soci, tutti scarsamente solventi: anche qui, cioè, chi amministra può farlo rischiando (solo) il proprio (magari esiguo) patrimonio.

E tuttavia vi è una palese differenza: nell'eventualità dell'amministratore estraneo, costui, *dominus* incontrastato dell'impresa, non rischia alcunché anche in caso di fallimento della società, laddove invece i soci amministratori illimitatamente responsabili vengono dichiarati automaticamente falliti (art. 147 l.f.) ³³¹.

Crediamo quindi che non vi sia una perfetta fungibilità, quanto alla protezione dell'interesse dei creditori sociali, tra l'ipotesi “consueta” del socio amministratore (pur con un patrimonio esiguo) e quella dell'amministratore estraneo, apparendo quest'ultima meno sicura.

Abbiamo già visto altrove (par. 2 del presente Capitolo) come il sistema delle società personali mostri una certa ritrosia per l'ipotesi dell'anomala separazione fra gestione dell'impresa e responsabilità per debiti, reagendo talvolta severamente verso colui che, rimanendo nell'ombra, si serva della società come di “cosa propria”: prova ne è l'applicazione della sanzione *ex art. 2320* alla gestione “occulta” dell'accomandante.

³³⁰ Lasciamo da parte qui la considerazione pratica in base alla quale difficilmente un soggetto avveduto potrebbe essere indotto a concedere credito ad una società personale i cui soci fossero soggetti scarsamente “affidabili” sotto il profilo patrimoniale.

³³¹ E questo vale anche se i soci illimitatamente responsabili sono persone giuridiche, ivi comprese le società di capitali: sotto questo profilo, dunque, non può dirsi che l'ipotesi della società di capitali socia ed amministratrice della s.n.c. sia equiparabile, quanto alla paventata lesione della garanzia patrimoniale dei creditori, a quella dell'amministratore estraneo.

Ma allora, se è lecito dubitare che, anche sotto il profilo della tutela dei creditori sociali, la nomina di un amministratore estraneo sia del tutto indifferente, sembrerebbe più ragionevole restare ancorati alla regola *keine Herrschaft ohne Haftung*, piuttosto che “avventurarsi” nella costruzione del modello della s.n.c. amministrata da un non socio, anche alla luce del fatto che tale costruzione è comunque da escludersi negli altri modelli di società personali.

Tornando alla tematica generale della nostra ricerca, si è già visto come, in presenza di una società di persone i cui soci siano tutti società (di capitali), non resti che ammettere che amministratore possa (e debba) essere una (o più) di queste ultime o, in alternativa, un terzo estraneo.

Nella società semplice e nella società in accomandita semplice il nostro convincimento si è consolidato sulla prima opzione, mentre in questo paragrafo abbiamo espresso alcuni dubbi in merito alla società in nome collettivo; ciononostante crediamo che anche in quest’ultimo modello societario sia preferibile indirizzare la nomina dell’amministratore verso una società di capitali – socia, piuttosto che verso un soggetto estraneo, e ciò sia perché il dato normativo sembra confermare l’inderogabilità della responsabilità illimitata di chi gestisce la società (principio invece non applicabile in presenza di un amministratore – non socio), sia perché non siamo del tutto convinti che la tutela del creditore sociale non sia minimamente scalfita, almeno in linea teorica, dall’attribuzione del potere gestorio ad un estraneo.

Capitolo IV

Società di capitali amministratrici di società di persone: le novità della riforma

Sommario: Paragrafo 1 – La tesi positiva: due articoli bastano a suffragarla?; - Paragrafo 2 – Profili di disciplina della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone: per un tentativo di ricostruzione; - 2.1. Introduzione; - 2.2. Sulla necessità od opportunità di indicazioni statutarie; - 2.3. La designazione della persona fisica concretamente preposta alla gestione; - 2.4. L'applicazione delle formalità pubblicitarie; - 2.5. Alcune considerazioni sulla società di capitali – amministratrice di fatto di società di persone.

Paragrafo 1 – La tesi positiva: due articoli bastano a suffragarla?

La soluzione positiva del problema relativo all'ammissibilità della fattispecie della società di capitali amministratrice di società personale passa necessariamente, secondo un consistente numero di commentatori posteriori alla riforma del 2003³³², per la valorizzazione della lettura in combinato disposto degli articoli 2361, 2° comma, c.c. e 111-*duodecies*, disp. att. c.c.: qualora tutti i soci di una società di persone siano società di capitali, o si ammette che l'incarico di amministratori sia ricoperto da queste ultime, o si ammette la nomina, quale amministratore, di un terzo estraneo alla società personale.

Dal lavoro finora svolto e da quanto ci accingiamo ad illustrare, pare tuttavia che una simile impostazione non sia del tutto soddisfacente.

Innanzitutto, abbiamo visto nel capitolo precedente come lo studio analitico, distinto per ogni tipo di società di persone (s.s., s.a.s., s.n.c.), della dibattuta questione dell'amministratore – non socio, potrebbe condurre a conclusioni diverse. In particolare, se appare ormai certo (valorizzando la disposizione dell'art. 2318, 2° comma) che nella s.a.s. amministratori possono essere soltanto i *soci* accomandatari, qualche incertezza (peraltro a nostro avviso agevolmente superabile) è stata sollevata con riguardo al principio dell'amministratore – socio nel modello della società semplice. Ma è soprattutto nel contesto della s.n.c. che i

³³² V. il Capitolo I, paragrafo 1 ed, in particolare, le note 11 e 12.

maggiori dubbi sulla possibilità di affidare l'amministrazione ad un estraneo inducono – pur essendoci già espressi sul punto in senso negativo - ad una prudenza che non consente di sciogliere con assoluta certezza l'«enigma» dogmatico in oggetto. In altri termini, le diversità strutturali dei tipi di società personali non consentono di prendere una posizione tuzioristica in merito all'alternativa tra la persona giuridica – amministratrice e l'amministratore – non socio³³³. Se infatti si volesse ammettere la possibilità, nelle s.n.c., di nominare amministratore un terzo estraneo, è evidente che la suddetta alternativa dogmatica perderebbe la propria *vis* argomentativa: in presenza di una s.n.c. interamente partecipata da società di capitali, amministratori potrebbero essere tanto una o più di queste ultime (o anche tutte), quanto terzi estranei alla compagine sociale. E si perverrebbe, quindi, ad una conclusione disomogenea in funzione del tipo (s.s. e s.a.s. da una parte, e s.n.c. dall'altra) di società di persone amministrata.

Inoltre, far dipendere l'ammissibilità della fattispecie della società di capitali amministratrice di società personale dall'impossibilità di nominare un amministratore estraneo ci appare, da un lato, metodologicamente errato, e, dall'altro, scarsamente utile.

Sotto il primo profilo, infatti, si dovrebbe – a voler seguire rigorosamente la più volte citata alternativa concettuale - limitare la possibilità di nominare come amministratore la società di capitali socia della società personale alla sola ipotesi in cui quest'ultima sia interamente partecipata da società di capitali, di modo che, non ammettendo la figura dell'amministratore estraneo, non vi sarebbe altra soluzione. Un simile ragionamento appare tuttavia errato perché – come abbiamo già segnalato nel capitolo precedente - l'accoglimento di un'opzione ermeneutica non può essere parziale, pena la creazione di inaccettabili disuguaglianze all'interno dello stesso “tipo” societario: risulterebbe ben strano sostenere che ad una società di capitali socia di una società di persone sia impedito di amministrare quest'ultima soltanto perché vi sia, tra i soci, una persona fisica che possa svolgere quella funzione.

Ma anche sotto il profilo dell'utilità che si può trarre dalla suddetta alternativa dogmatica vi è da dubitare: se si voglia riconoscere – secondo una tesi che non condividiamo (v. il capitolo precedente) - la possibilità di nominare amministratore della società di persone (almeno di una s.s. o di una s.n.c.) un estraneo, si dovrà altresì ammettere che una società di capitali, pur non essendo socia della società personale, possa esser comunque chiamata a svolgere quel

³³³ Vedremo peraltro, nel prosieguo della trattazione, come la medesima alternativa risulti del tutto inappagante qualora si ammetta, con parte della dottrina, che la persona giuridica amministratrice della società di persone possa attribuire la funzione gestoria ad una persona fisica diversa da quella del suo legale rappresentante.

ruolo, mancando – come dimostrato nel capitolo II - elementi normativi contrari alla capacità generale di un ente di svolgere attività di amministrazione di una società.

Vogliamo ora soffermarci su un altro indice normativo, risultante dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ci convince ulteriormente dell'inutilità e della difficoltà della scelta concettuale insita nell'alternativa dogmatica tra la fattispecie dell'amministratore – non socio e quella dell'amministratore – persona giuridica.

L'art. 37 del suddetto decreto (rito societario) consente che l'atto costitutivo delle società di persone deferisca «a uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione delle società».

La norma, nata con lo scopo di risolvere lo stallo decisionale che si potrebbe creare in presenza di contrasti tra soci amministratori, sembrerebbe aprire la gestione della società alla discrezionalità di terzi estranei, introducendo «una dose di variabilità personale nello sviluppo della funzione amministrativa»³³⁴. In effetti, la dottrina prevalente, qualificando l'istituto come “arbitraggio” che si estrinseca in atti giuridici di amministrazione³³⁵, ferma restando per questi ultimi la responsabilità degli amministratori³³⁶, ammette che «il terzo possa decidere con effetto vincolante anche questioni non espressamente devolutesi, ma collegate con l'istanza»³³⁷, in conformità al 3° comma dell'art. 37.

Se così fosse, tuttavia, ci troveremmo di fronte probabilmente ad un *vulnus* a due principi consolidati del diritto societario: quello della non delegabilità delle funzioni gestorie (se non tramite procure *ad negotia*³³⁸) e quello dell'impossibilità di conferire l'amministrazione di una società personale ad un terzo estraneo alla compagine sociale.

L'argomento, verosimilmente, prova troppo.

³³⁴ P. Spada, *Diritto commerciale II. Elementi*, Padova, 2009, p. 35.

³³⁵ F. Corsini, *La risoluzione dei contrasti nell'amministrazione sociale mediante «arbitrato gestionale»*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1214; F. Mancinelli, «Arbitrato economico»: paralisi gestionale e sua soluzione, in *Società*, 2005, p. 1048; D. Corapi, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, 2003, p. 93; E. Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 37*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006, p. 2525.

³³⁶ B. Sassoni, B. Guicciardi, *Commento all'art. 37*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Comoglio e Vaccarella, Torino, 2010, p. 3632; F. Orlandini, *Commento all'art. 37*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009, p. 2329.

³³⁷ E. Zucconi Galli Fonseca, *ibidem*.

³³⁸ V. meglio la nota 205.

Innanzitutto, la dottrina ha circoscritto l'applicazione dell'art. 37, 3° comma, alle questioni «strettamente consequenziali rispetto a quella che ha costituito oggetto di decisione»³³⁹, evitando così lo “scollamento” tra la responsabilità degli amministratori della società e l'effettiva partecipazione degli stessi alle decisioni gestionali.

In secondo luogo, la stessa dottrina ha chiarito che il potere spettante agli arbitrali è limitato ad una scelta tra due o più soluzioni prospettate dagli amministratori (in conflitto tra di loro), cosicché sarebbe errato, all'evidenza, equiparare la figura dell'arbitrale (terzo estraneo alla società) a quella dell'amministratore.

Questa divagazione in materia di arbitraggio nelle società di persone consente altresì di affermare come il legislatore, nel prevedere tale istituto, non avesse in alcun modo data per presupposta la possibilità di attribuire l'amministrazione sociale ad un soggetto non socio.

E lo stesso discorso vale per quanto concerne la possibilità, riconosciuta dall'opinione dominante³⁴⁰, che il ruolo di arbitrale sia ricoperto da una persona giuridica: da un lato, ciò conferma l'astratta idoneità di un ente ad assumere decisioni, anche di carattere gestionale, tramite la propria organizzazione, dall'altro lato però non può ritenersi che il legislatore, con questa norma, abbia sancito definitivamente l'ammissibilità della fattispecie persona giuridica – amministratrice di società (giacché, come già detto sopra, la figura dell'arbitrale non è assimilabile a quella dell'amministratore).

Per i motivi sopra illustrati, nonostante nel capitolo precedente si sia concluso per l'attualità del dogma dell'amministratore socio nelle società di persone, riteniamo che esso non sia da sopravvalutare ai fini della risoluzione del problema dell'ammissibilità della fattispecie della società di capitali amministratrice di una società personale.

Ci sembra invero che un impulso alla soluzione positiva del suddetto problema derivi non tanto (o non solo) dagli artt. 2361, 2° comma, c.c. e 111-*duodecies*, disp. att. c.c., quanto piuttosto da una valutazione complessiva del sistema normativo.

Infatti, dall'analisi condotta nel capitolo II emerge che gli argomenti contrari alla capacità generale di una persona giuridica (segnatamente una società di capitali) di amministrare una società risultino ormai superati dall'evoluzione normativa³⁴¹ o dalle più recenti pronunce

³³⁹ B. Sassoni, B. Guicciardi, *ibidem*.

³⁴⁰ E. Zucconi Galli Fonseca, *ibidem*; F. Orlandini, *ibidem*.

³⁴¹ Vedi l'avvenuto riconoscimento legislativo della partecipazione di società di capitali in società di persone (v. capitolo I, par. 2).

giurisprudenziali ³⁴² o, ancora, dalle preferibili opzioni ermeneutiche alle quali abbiamo voluto aderire.

Questo è l'aspetto saliente della tematica in oggetto: una volta riconosciuta l'insussistenza di ostacoli giuridici all'attribuzione del potere amministrativo ad una persona giuridica, la diversa problematica (connessa, ma non condizionante rispetto alla prima) dell'amministratore – non socio nelle società personali può assumere rilevanza, semmai, per capire entro quali limiti può muoversi la società di capitali amministratrice di una società di persone.

Con ciò si intende dire che il riconoscimento del principio per cui amministratori di società di persone possono essere soltanto i soci implica due importanti conseguenze anche nel contesto della nostra ricerca.

In primis, una società di capitali potrà amministrare una società di persone soltanto se ne sia socia, il che vale ad escludere, ad esempio, il pericolo che un ente con patrimonio limitato non risponda in alcun modo delle obbligazioni sociali, nemmeno entro il limite del valore (che pure può essere nella pratica inadeguato) dei suoi beni: la società di capitali amministratrice della società di persone risponderà sempre e comunque (salvo liberazione da parte del creditore: v. il capitolo II, par. 4) delle obbligazioni assunte in nome e per conto di quest'ultima, ritenendosi ancora vigente nel nostro ordinamento la regola *keine Herrschaft ohne Haftung* ³⁴³.

In secondo luogo, il divieto di affidare l'amministrazione di una società di persone ad un estraneo incide, a nostro avviso, sulla scelta delle modalità concrete con cui la società di capitali può gestire la società di persone: riteniamo che la prima, socia della seconda, non possa attribuire tale compito ad un terzo mandatario, estraneo alla propria organizzazione, giacché ciò si risolverebbe in una violazione del suddetto divieto (il punto verrà approfondito nel paragrafo dedicato alla disciplina applicabile). Peraltro, appare evidente come l'adesione alla contraria opinione, che consente alla società di capitali amministratrice di attribuire la mansione gestoria concretamente ad un terzo mandatario, finisca per contraddire l'obbligatorietà di quella scelta concettuale (tra la soluzione della persona giuridica – amministratrice e la soluzione dell'amministratore – non socio) sulla quale ha fatto leva parte

³⁴² Ad es., per l'affermazione del carattere non fiduciario del mandato ad amministrare (v. capitolo II, par. 2.4).

³⁴³ Abbiamo già visto al capitolo III, par. 4, come non ci convinca la tesi secondo la quale almeno nella s.n.c. sarebbe possibile nominare un amministratore estraneo, conservando la responsabilità illimitata in capo ai soci.

della recente dottrina: infatti la società di capitali amministratrice potrebbe benissimo scegliere, come mandatario, non solo una persona fisica, ma anche un altro ente (in assenza di dati normativi contrari), con la conseguenza, elevata su un piano generale, che le persone giuridiche potrebbero amministrare società di persone anche quando non fossero socie di queste ultime. L'ulteriore logica evoluzione, in base al principio di non discriminazione tra persone giuridiche e persone fisiche, sarebbe poi l'attribuzione diretta dell'amministrazione a una persona fisica non socia della società di persone, in palese contrasto, per le s.a.s., con l'art. 2318, 2° comma, e, per le s.s. e le s.n.c., con la più accreditata tesi dottrinale (si rinvia sul punto al capitolo III).

Consapevoli quindi delle conclusioni a cui siamo finora pervenuti – ossia: nessun ostacolo giuridico all'ammissibilità di una società di capitali come amministratore di una società di persone, nonché riaffermazione dell'impossibilità di attribuire l'amministrazione di quest'ultima ad un terzo estraneo – e consapevoli altresì dell'opinabilità di questa seconda conclusione, ci accingiamo ad illustrare i tratti caratteristici della disciplina della società di capitali amministratrice di una società personale.

Paragrafo 2 – Profili di disciplina della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone: per un tentativo di ricostruzione

2.1. Introduzione

La dottrina più recente che si è espressa favorevolmente sull'ammissibilità della persona giuridica – amministratrice di società ha concentrato l'attenzione su alcuni profili di disciplina della fattispecie in questione, cercando di colmare il vuoto legislativo con interpretazioni non sempre condivisibili.

Scopo dei successivi sottoparagrafi diventa allora ripercorrere le posizioni espresse con riferimento a quei profili di disciplina – che riteniamo essere i più rilevanti per un tentativo di inquadramento della “nuova” fattispecie – per vagliarne la fondatezza e la coerenza rispetto alle conclusioni fin qui raggiunte.

Nel fare ciò, come si è accennato, privilegeremo quegli aspetti tematici maggiormente attinenti alla fase genetica della fattispecie in oggetto, senza chiarire i quali risulterebbe davvero difficile approfondire, in eventuali futuri studi, la disciplina applicabile.

Così si spiega perché il primo aspetto che analizzeremo riguarda l'individuazione della fonte (legale o statutaria) dalla quale una società di capitali può trarre la propria legittimazione all'esercizio del potere di amministrazione di una società di persone. Ossia, si tratta di vedere se, ai fini dell'esercizio del suddetto potere, sia indispensabile, nello statuto della società amministrata e/o amministratrice, la presenza di una clausola che disponga in tal senso. Sono evidenti le implicazioni, anche pratiche (in termini di tecnica redazionale), che discenderebbero dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, soprattutto di quella che sostiene la necessità di un'esplicita previsione statutaria ai fini dell'attribuzione ad una società di capitali del potere di gestione di una società di persone.

Affronteremo poi un'altra tematica attinente sia alla fase costitutiva della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone, sia a quella organizzativo – dinamica propria dell'evolversi del rapporto tra le due società, ossia il problema delle modalità concrete della gestione. Come già anticipato alla fine del paragrafo precedente, occorre chiarire quali siano i soggetti ai quali la società di capitali può affidare (*rectius*: tramite i quali la società di capitali può esercitare) il potere di gestione della società di persone. Sul punto si imporrà una precisa scelta di campo, in parte già svelata, che verrà palesata nel sottoparagrafo 2.3.

Ultimo profilo di disciplina strettamente connesso al precedente di cui ci occuperemo, concerne la corretta applicazione delle formalità pubblicitarie inerenti alla nomina dell'amministratore della società di persone, al fine di acclarare se sia sufficiente "pubblicizzare" la nomina della società di capitali amministratrice, oppure sia necessario fare altrettanto per la designazione del soggetto concretamente preposto da quest'ultima alla gestione della società personale.

2.2. Sulla necessità od opportunità di indicazioni statutarie

Argomento di fondamentale importanza, nell'economia del presente lavoro e nell'ottica dello sviluppo, sotto il profilo della pratica applicazione, della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone, è quello relativo al "peso" da attribuire, sia nello statuto della società amministrata che in quello della società amministratrice, a clausole volte a legittimare la suddetta fattispecie.

Innanzitutto è evidente la differenza che intercorre tra la "necessità" e l'"opportunità" dell'introduzione di tali clausole, da valutarsi la prima alla luce dei principi generali che possiamo ricavare dalla trattazione fin qui condotta, la seconda sulla base di considerazioni di merito che tengano conto delle questioni pratiche che le medesime clausole potrebbero (contribuire a) risolvere.

Per comodità di esposizione, riteniamo conveniente procedere ad una trattazione separata della tematica *a)* nella società amministrata e *b)* nella società amministratrice.

A) La dottrina (per la verità non copiosa) che si è occupata della questione ha propeso per la non necessità di una clausola contenuta nello statuto della società amministrata, che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche, limitandosi ad asserirne la legittimità ³⁴⁴ o, al più, l'opportunità ³⁴⁵. Tale posizione, scomponibile in due filoni interpretativi, è pienamente condivisibile ragionando in punto di diritto.

Infatti, una volta riconosciuta la capacità generale di un ente di amministrare una società (v. il Cap. II), non si vede perché lo statuto di una società di persone debba in qualche modo "legittimare" la possibilità che una società di capitali, socia della prima, ne eserciti la gestione ³⁴⁶. Se, come crediamo, dall'analisi condotta nel Capitolo II è emersa l'assenza di ostacoli normativi alla nomina di una persona giuridica come amministratore di una società di persone, si deve altresì escludere che costituisca un ostacolo alla suddetta fattispecie l'omessa previsione statutaria in tal senso.

E questo perché, secondo il principio generale dell'autonomia contrattuale (art. 1322, 1° comma), ciò che non è vietato dalla legge o comunque *contra legem*, deve ritenersi lecito e realizzabile, senza che una scelta statutaria possa incidere sulla liceità di un istituto.

Più precisamente, l'autonomia statutaria non può rendere lecito ciò che non è consentito da norme imperative, ma può fare il contrario: i patti sociali della società di persone amministrata ben potrebbero *vietare* l'attribuzione delle funzioni gestorie ad una persona giuridica, riservandole quindi ad una persona fisica socia ³⁴⁷.

³⁴⁴ V., in particolare, la massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano pubblicata sul sito www.scuoladnotariatodellalombardia.org; A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 15.

³⁴⁵ G. Pescatore, *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1175.

³⁴⁶ Sotto questo profilo, non condividiamo la ricostruzione di chi ritiene che l'indicazione nello statuto della società amministrata svolga un ruolo essenziale ai fini della legittimità della fattispecie: v. G. Chiametti, *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte seconda)*, in *Impresa*, 2006, p. 1618, secondo il quale «al punto "dell'amministrazione" nello statuto sociale della società amministrata dovrà essere indicato benissimo che l'amministrazione potrebbe essere affidata alternativamente a: (...) – una società a responsabilità limitata». Le parole in corsivo (nostro) evidenziano proprio la tesi che intende subordinare la possibilità che una società ne amministri un'altra, ad una esplicita previsione statutaria.

³⁴⁷ Concorda sulla necessità dell'introduzione di una clausola statutaria per escludere la nomina dell'amministratore – persona giuridica, A. Nigro, *op. ult. cit.*, p. 15, nota 20.

Va da sé che una simile pattuizione potrebbe determinare il rischio di paralisi nella scelta degli amministratori, qualora la società di persone fosse composta soltanto di soci – persone giuridiche: se si ritenesse ancora valido il dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone, non sarebbe possibile trovare un soggetto idoneo ad assumere tale incarico. A quel punto, però, per evitare di trovarsi in una simile *impasse*, sarebbe fortemente auspicabile che lo statuto della società di persone amministrata prevedesse, *tout court*, l'impossibilità per una persona giuridica di assumere partecipazioni nella prima ³⁴⁸.

Ben diverse le valutazioni per quanto concerne la mera *opportunità* della previsione statutaria favorevole all'attribuzione delle funzioni gestorie ad una società. Un Autore ha scritto recentemente che, nel silenzio del legge, la suddetta previsione «fornirebbe l'occasione di chiarire le modalità con cui l'incarico deve essere ricoperto da parte della persona giuridica, avvalendosi cioè dell'autonomia statutaria per “sgombrare il campo” da possibili interpretazioni difformi» ³⁴⁹.

Benché – come vedremo nel paragrafo 2.3 – non si ritenga condivisibile la conclusione alla quale giunge il suddetto Autore (ossia che, in mancanza di diverse disposizioni convenzionali, l'amministratore – persona giuridica possa delegare l'incarico ad una persona fisica estranea alla propria organizzazione), aderiamo pienamente alla considerazione di merito sopra riportata. Non può sfuggire infatti l'utilità pratica che riveste la delimitazione statutaria dei confini entro i quali potrà muoversi la società amministratrice nell'espletamento delle funzioni gestorie.

Rinviando al paragrafo successivo l'esame sulla liceità di una previsione che consenta alla società amministratrice di servirsi concretamente per la gestione di soggetti diversi dal suo legale rappresentante, vogliamo qui affrontare il problema dell'*unicità* della persona fisica che, secondo parte della dottrina, potrebbe e dovrebbe essere investita del suddetto compito.

Si è infatti sostenuta l'applicazione analogica dell'art. 47 Reg. UE 2157/2001 in tema di Società Europea e dell'art. 5 d. lgs. 240/1991 in tema di Gruppo Europeo di Interesse Economico, per propugnare la necessità, nel caso di società amministrata da una persona giuridica, della designazione di uno stabile rappresentante persona fisica che eserciti

³⁴⁸ Apparendo indiscussa la possibilità di negare statutariamente ciò che legge, con norma non imperativa (art. 2361, 2° comma), consente alle società di capitali, *id est* l'assunzione di partecipazioni in società di persone.

³⁴⁹ G. Pescatore, *op. ult. cit.*, p. 1175.

concretamente la gestione, «rendendosi quindi assai dubbia la compatibilità di una pluralità di “designati” (e la legittimità di una clausola che ciò preveda)»³⁵⁰.

Tuttavia, come abbiamo già visto in precedenza (paragrafi 4 e 5 del capitolo II), l'applicazione analogica delle suddette norme è quantomeno dubbia, mentre la designazione di un rappresentante stabile della società amministratrice (diverso dal legale rappresentante della stessa o dall'istitutore) probabilmente violerebbe il principio generale che vieta all'amministratore di delegare a terzi tutte le proprie funzioni gestorie³⁵¹.

Né pare condivisibile la descritta ricostruzione nella parte in cui nega all'autonomia statutaria la possibilità di consentire alla società amministratrice di incaricare concretamente, per la gestione della società amministrata, più persone fisiche, purchè queste ultime vengano scelte all'interno della propria organizzazione.

Ci sembra cioè che l'unico limite sia quello della permanenza del legame di rappresentanza organica o commerciale che deve intercorrere tra la persona giuridica amministratrice e le persone fisiche investite dell'incarico³⁵²; al di là di esso, non si vedono ostacoli alla possibilità che le mansioni di gestione della società di persone, partecipata dalla società di capitali amministratrice, vengano concretamente ripartite tra le persone fisiche che già sono, istituzionalmente, amministratrici della società di capitali.

Anzi, se nulla è previsto negli statuti, gli amministratori della società di capitali (amministratrice della società di persone) sono già, di diritto (art. 2384 per le s.p.a. e le s.a.p.a., e art. 2475 *bis* per le s.r.l.), titolari del potere di rappresentanza generale e quindi possono già compiere atti che impegnano la società di capitali da loro rappresentata e, di

³⁵⁰ Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.; P.M. Sanfilippo, *Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali?*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 672, il quale giunge alla conclusione del testo limitatamente all'ipotesi della persona giuridica – amministratrice di una s.p.a., e non tramite *analogia legis* con la disciplina del G.E.I.E. o della S.E., ma tramite *analogia iuris*: in forza del principio per cui la nomina degli amministratori è riservata all'assemblea, la persona fisica preposta all'amministrazione della s.p.a. potrebbe essere soltanto indicata da una persona giuridica socia della stessa società, ma nominata formalmente dall'assemblea dei soci (art. 2542, 2° comma).

³⁵¹ Sul punto si rinvia alla nota 205, nonché a C. Bolognesi, *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1126; conforme A. Nigro, *op. ult. cit.*, p. 16. Contrario P.M. Sanfilippo, *op. cit.*, p. 673, secondo il quale con il mandato ad un terzo, «l'organo amministrativo della persona giuridica non si spoglierebbe affatto dei propri poteri gestori, quanto realizzerebbe una modalità di adempimento della funzione di amministratore che la persona giuridica è chiamata a svolgere nella società amministrata, e pur sempre nell'ambito di proprie direttive e vigilanza, senza dunque spogliarsi *in parte qua* di alcun potere di governo della propria funzione di amministrazione». Sull'inammissibilità, a nostro giudizio, dello schema del mandato, si rinvia al par. 2.3.

³⁵² Sull'ammissibilità invece della rappresentanza negoziale si rinvia al paragrafo successivo.

conseguenza, la società di persone amministrata³⁵³. Insomma, è come se fosse la stessa società di capitali amministratrice ad impegnare, tramite il proprio organo legale rappresentante e con le modalità eventualmente stabilite nel proprio statuto (*id est*, rappresentanza attribuita a tutti o ad alcuni soltanto tra gli amministratori, in via congiuntiva o disgiuntiva), la società di persone amministrata. Così, del resto, non è da escludere che l'organo amministrativo della società di capitali possa delegare, in presenza di autorizzazione statutaria o assembleare (art. 2381), uno o più dei suoi componenti o un comitato esecutivo a compiere operazioni di gestione della società di persone partecipata ed amministrata.

Il problema principale, tuttavia, è di capire in che modo la società amministrata possa imporre (o limitare) la scelta, da parte della società amministratrice, delle persone fisiche investite concretamente della gestione.

Occorre innanzitutto chiarire che la designazione della persona fisica è atto gestorio della società amministratrice, la quale può liberamente modificarla in qualsiasi momento, «senza che ciò debba “passare” da una decisione o deliberazione della società amministrata»³⁵⁴.

Se ciò ci appare fuor di dubbio, occorre tuttavia verificare se i patti sociali della società di persone amministrata possano incidere sul potere organizzativo interno della società di capitali amministratrice. Orbene, ci sembra che l'eventuale indicazione, nello statuto della società amministrata, delle modalità con cui la società amministratrice è tenuta a svolgere quell'incarico non costituisca un'indebita ingerenza nell'autonomia privata di quest'ultima. Infatti, nel momento in cui la società di capitali diventa socia della società di persone che andrà poi ad amministrare, accetta, alla stregua di qualsiasi altro socio, i patti sociali che ne disciplinano l'amministrazione.

Quindi, qualora ad esempio lo statuto della società di persone disponga che l'amministrazione venga affidata alla società di capitali, socia della prima, e che essa venga esercitata esclusivamente dal rappresentante legale della società di capitali (con esplicita esclusione della possibilità di designare altri incaricati), tale previsione dovrà essere rispettata: la società

³⁵³ Potendosi semmai discutere se costoro, in assenza di una regolamentazione statutaria, possano agire disgiuntamente (v., ad es., E. Alemagna, *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma*, in *Società*, 2004, p. 289) o debbano piuttosto operare congiuntamente (v., *ex multiis*, V. Allegri, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004, p. 211; C. Malberti, *Commento all'art. 2384*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 185 s.).

³⁵⁴ Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit., la quale aggiunge che «la designazione altro non sarebbe che una semplice “investitura”, da parte della persona giuridica amministratore, della funzione e dei poteri di amministrazione e di rappresentanza, in quanto conferiti dalla società amministrata alla persona giuridica amministratore».

di capitali amministratrice è consapevole in partenza (al momento dell'assunzione della partecipazione nella società di persone) delle modalità e dei limiti nella gestione della società personale.

Naturalmente – e in conformità a quanto già detto *supra* – lo statuto della società di persone non potrebbe imporre alla società di capitali amministratrice scelte contrarie al principio generale della non delegabilità (*in toto*) delle funzioni gestorie: non potrebbe, ad esempio, prescrivere che dell'amministrazione fosse investita una persona fisica estranea all'organizzazione della società di capitali amministratrice, così come, del resto, non potrebbe imporre modalità di gestione incompatibili con il sistema di *governance* proprio della stessa società di capitali ³⁵⁵.

Riepilogando le conclusioni raggiunte finora, possiamo affermare che: a) la previsione, contenuta nello statuto della società di persone amministrata, della possibilità che l'amministrazione venga affidata ad una società di capitali socia della prima appare *non necessaria*; b) necessaria sarebbe invece l'esplicita *esclusione* in statuto della suddetta possibilità; c) la regolamentazione, contenuta nei patti sociali della società di persone amministrata, delle modalità con le quali la società di capitali amministratrice deve espletare l'incarico risulta comunque *opportuna*, nei limiti della compatibilità con i principi giuridici inderogabili in materia di amministrazione e con il sistema di *governance* adottato dalla società di capitali amministratrice.

B) Più complesso sembrerebbe, *prima facie*, il discorso relativo ad eventuali indicazioni contenute nello statuto della società di capitali amministratrice della società di persone.

³⁵⁵ Di impossibile attuazione, ad esempio, sarebbe un patto sociale che stabilisse che le decisioni relative alla gestione della società di persone debbano essere adottate dall'assemblea della società per azioni amministratrice: se si ritenga, con la prevalente dottrina (P. Morandi, *L'assemblea*, in *La riforma delle società*, a cura di Grippo, Roma, 2004, p. 67; F. Pasquariello, *Commento agli artt. 2364-2366 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, pp. 440 e ss.; S. Di Amato, *Commento sub art. 2364 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, pp. 268 e ss.; G.A. Rescio, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, relazione al Convegno di Firenze, 16-11-2002, sul tema *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, in www.federnotizie.org; C. Bolognesi, *Le funzioni gestorie nelle s.p.a. dopo la riforma: l'assemblea*, in *Impresa*, 2005, pp. 474 e ss.; Bartalena, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1095; G. Grippo – C. Bolognesi, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, Torino, 2011, pp. 3 ss.), che la riforma del 2003 abbia sottratto all'assemblea qualsiasi competenza diretta in materia gestoria, eccezione fatta per alcune dubbie fattispecie residuali, caratterizzate da *ratio a se stante*, insuscettibili di applicazione analogica, non si può che giungere alla medesima conclusione per quanto riguarda gli atti di gestione della società di persone amministrata dalla società di capitali, riservati alla esclusiva competenza dell'organo amministrativo di quest'ultima.

Resta ferma, innanzitutto, la *non necessarietà*, ai fini della configurabilità della fattispecie, di un'esplicita clausola statutaria che abiliti la società di capitali a ricoprire la carica di amministratore³⁵⁶, salvo quanto si dirà *infra* a proposito della possibile violazione dell'art. 2361, 1° comma. La "neutralità" di una simile previsione statutaria, ai fini della legittimità della fattispecie in esame, risulta evidente ove si aderisca alla conclusione cui siamo finora giunti, ossia che nulla osta alla capacità generale di una società di capitali di amministrare una società di persone.

Sotto questo profilo, la clausola statutaria in oggetto avrebbe il significato di un mero accertamento ricognitivo di un'opzione che di necessità deriva dalla legge e non certo dall'autonomia privata. Ci sembra cioè che la semplice precisazione, nello statuto della società amministratrice, che la stessa potrà genericamente assumere la gestione di un'altra società, lungi dal far sì che «la società chiamata a svolgere il ruolo di amministratore *abbia* (n.d.r.) le carte in regola con tutti»³⁵⁷, non aggiunga nulla agli argomenti a favore della legittimità della fattispecie, risolvendosi in una clausola di stile, neutra anche ai fini della descrizione dell'attività che costituisce l'oggetto sociale³⁵⁸.

E però, occorre qui tenere nella dovuta considerazione l'art. 2361, 1° comma, che vieta le modifiche di fatto dell'oggetto sociale, che si potrebbero verificare qualora la società di capitali assumesse partecipazioni in altre imprese che, per la misura o l'oggetto, determinassero appunto variazioni sostanziali dell'«attività che costituisce l'oggetto sociale» (art. 2328, 1° comma, n. 3).

Come noto, quest'ultima locuzione normativa, introdotta dalla riforma organica delle società di capitali, ha inteso imporre una descrizione più circostanziata dei settori d'attività dell'impresa sociale, negando così cittadinanza all'indicazione di attività assolutamente

³⁵⁶ Conforme G. Pescatore, *op. cit.*, p. 1175; A. Nigro, *op. ult. cit.*, p. 15 s.

³⁵⁷ G. Chiametti, *op. ult. cit.*, p. 1618.

³⁵⁸ In quest'ottica, la clausola *de qua* potrebbe forse essere accostata a quella, largamente in uso, secondo la quale la società può assumere partecipazioni in altre imprese che risultino compatibili con l'oggetto sociale: anche quest'ultima clausola ha perso rilevanza di fronte alla tipizzazione dell'art. 2361, 1° comma, così novellato dalla riforma del 2003. In merito all'inutilità dell'elencazione statutaria dei vari atti che la società può compiere, v. M. Libertini, *Costituzione e conferimenti*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, n. 2/2004, p. 35: «le tradizionali elencazioni di tipi di atti (es.: vendite, mutui, fideiussioni ecc.), contenute nelle definizioni statutarie dell'oggetto sociale, sono giuridicamente irrilevanti, perché la rappresentanza degli amministratori è in ogni caso generale (...). In ogni caso, eventuali clausole permissive di determinati tipi di atti (come avveniva nella tradizionale prassi statutaria) sono giuridicamente inconsistenti».

generiche ³⁵⁹. Ora, nel caso in cui una società di capitali acquisti quote di una società personale, si pone la necessità di evitare una (anche solo potenziale) violazione del precetto contenuto nell'art. 2361, 1° comma.

A tale riguardo, occorre anzitutto distinguere due ipotesi diverse di assunzione di partecipazioni in società di persone da parte di una società di capitali, che corrispondono sostanzialmente alle due diverse finalità sottostanti all'operazione.

Può anzitutto darsi che la società di capitali intenda acquisire quote della società personale al solo scopo di una migliore realizzazione del proprio oggetto sociale: è evidente che una simile ipotesi non desta problemi di compatibilità tra gli oggetti sociali della società di capitali e della società di persone soltanto in presenza di una coincidenza (o quantomeno di non conflittualità) tra gli stessi. A questa conclusione si giunge aderendo alla prevalente tesi dottrinale ³⁶⁰ secondo la quale i due parametri previsti dall'art. 2361, 1° comma, che consentono di definire l'assunzione delle partecipazioni lecita in quanto strumentale all'attività operativa – ossia la «misura» e l'«oggetto» della partecipazione – devono essere applicati autonomamente e disgiuntamente, e quindi il divieto impedisce alla società di capitali di diventare socia della società di persone se gli oggetti sociali delle due società sono diversi ³⁶¹ (indipendentemente dalla «misura»), o se, pur in presenza di una coincidenza di oggetti sociali, l'assunzione delle partecipazioni non sia congrua quanto alla «misura» ³⁶².

³⁵⁹ Si veda, ad es., M. Avagliano, *La costituzione delle società per azioni*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, n. 1/2004, p. 66: «si dovrà quindi evitare, per il principio di determinatezza, di introdurre campi d'azione assolutamente generici, ma anche di redigere oggetti sociali dotati di talmente numerose ed eccessive specificazioni, da risultare in pratica omnicomprensivi e assolutamente eterogenei, e pertanto in pratica indeterminati». Benché la seconda direttiva CE si limiti a stabilire che l'oggetto sociale, se limitato, debba essere reso conoscibile, ma non vieti di prevedere che questo sia illimitato (cosa che infatti è consentita nell'ordinamento inglese dalla Sec. 31.1 del *Companies Act* del 2006), il legislatore italiano non ha “sdoganato” l'oggetto sociale *unrestricted*: per un confronto, sotto questo specifico profilo, tra il sistema societario italiano e quello anglosassone, v. M. Bianca, *Le società con oggetto sociale “unrestricted”: un esempio da imitare?*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 293; in argomento, v. anche P. Montalenti, *Oggetto sociale e giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I.

³⁶⁰ A. Audino, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011, p. 453; B. Libonati, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, p. 118; G. Tantini, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, p. 180; E. Gliozzi, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nella società per azioni*, Milano, 1970, p. 207; in giurisprudenza, v. Trib. Como, 8 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2001, IV, p. 2105; Pret. Milano, 23 aprile 1977, in *Foro it.*, 1977, II, c. 401. *Contra*, G. Grippo, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6, II, Torino, 1993, p. 161.

³⁶¹ Si deve ritenere che il divieto ricorra quando vi sia un'incompatibilità funzionale tra l'attività posta in essere dalla partecipante e quella esercitata dalla partecipata, secondo un nesso di prevalenza e non di strumentalità: C. Pasquariello, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, I, Torino, 2009, p. 413. Che la coincidenza tra gli oggetti sociali delle due società non debba

Ebbene, nell'eventualità sopra descritta che vengano di fatto rispettati i due parametri di cui all'art. 2361, 1° comma, scarso significato avrebbe una clausola, inserita nello statuto della società partecipante, che prevedesse la facoltà della stessa di amministrare la società partecipata, trattandosi – come più volte ripetuto – di un'opzione legale; ed analogo discorso potrebbe valere per una clausola che consentisse l'assunzione delle suddette partecipazioni.

Del resto, in presenza di difformi (ed incompatibili) oggetti sociali della partecipante e della partecipata, la violazione del divieto *ex* art. 2361, 1° comma, non sarebbe certo evitata da una clausola statutaria che consentisse astrattamente la suddetta assunzione: l'unico modo per rendere lecita l'operazione sarebbe infatti una modifica statutaria di ampliamento dell'oggetto sociale della partecipante.

Quindi, da quanto fin qui detto in merito alla prima ipotesi di acquisto di partecipazioni in società di persone da parte di società di capitali (destinate poi queste ultime all'assunzione dell'amministrazione delle prime), emerge la sostanziale inutilità, anche sotto il profilo dell'osservanza dell'art. 2361, 1° comma, di una clausola statutaria avente carattere meramente ricognitivo dell'operazione in oggetto.

Veniamo ora ad una seconda categoria di casi in cui una società di capitali potrebbe decidere di assumere partecipazioni in una società di persone: ossia quando la finalità dell'operazione non sia tanto la migliore realizzazione dell'attività che costituisce l'oggetto sociale, quanto la mera detenzione ed amministrazione di partecipazioni di controllo in quella società.

Ci si riferisce evidentemente alle società di mera partecipazione (c.d. *holding pure*), che hanno suscitato una disputa in dottrina tra chi ritiene che oggetto della *holding* sia lo stesso oggetto della società partecipata, seppur perseguito in via mediata ³⁶³, e chi invece sostiene

essere assoluta è confermato anche dalla prassi statutaria, ritenuta legittima, di prevedere l'assunzione di partecipazioni ed interessenze, sotto qualsiasi forma, in imprese, *specie se* svolgano attività analoghe o accessorie all'oggetto sociale: gli statuti sovente utilizzano la suddetta locuzione (in corsivo) che non sembra escludere la possibilità per la società di partecipare ad imprese con oggetto sociale parzialmente difforme.

³⁶² Non è scontata l'individuazione del requisito: «il presupposto legale può essere riferito tanto al patrimonio della partecipante, e quindi indicare una misura dei mezzi impiegati per l'acquisto tale da distrarre una parte sostanziale del patrimonio sociale per compiere l'operazione, quanto al capitale della partecipata, e la percentuale di partecipazione assunta sarebbe tale da garantire il controllo, così che l'attività della società partecipante finirebbe per estendersi anche all'esercizio – quantunque indiretto – dell'attività della partecipata» (C. Pasquariello, *ibidem*).

³⁶³ F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, pp. 245 s., secondo cui proprio l'art. 2361, 1° comma, presuppone che «l'attività della società cui si riferisce la partecipazione diventi, essa stessa, oggetto della società partecipante»; T. Ascarelli, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1958, pp. 322 ss.; Cass., 17 dicembre 2003, n. 19365, in *Società*, 2004, p. 574; Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Società*, 1999, p. 428; Cass., 18 settembre 1993, n. 9589, in *Fallimento*, 1994, p. 154; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. it. Mass.*, 1992, p. 210.

che l'attività economica della *holding* sia la stessa gestione delle partecipazioni, nel senso di attività di direzione e coordinamento delle società partecipate ³⁶⁴.

La diatriba teorica assume una notevole rilevanza pratica nell'ottica dinamica del mutamento del *modus operandi* della società di capitali partecipante.

Ebbene, se si aderisca alla prima tesi riportata, appare evidente come la circostanza che una società di capitali operativa decida di assumere partecipazioni di controllo in una società (di persone) che agisca nel medesimo settore di attività, non comporti una modifica dell'oggetto sociale, trattandosi semplicemente di un cambiamento delle modalità di perseguimento di quest'ultimo ³⁶⁵: sotto questo profilo, quindi, l'apposizione, nello statuto della società di capitali, di una clausola statutaria che consenta l'assunzione di partecipazioni in altre società e la gestione delle stesse rivestirebbe, ancora una volta, un significato meramente ricognitivo.

A diversa conclusione si perverrebbe qualora si aderisse alla seconda tesi sopra descritta: è chiaro che se l'oggetto sociale della società di capitali *holding* fosse da individuarsi nella stessa gestione delle partecipazioni della società di persone e nell'amministrazione di quest'ultima, diventerebbe essenziale, al fine di evitare la violazione dell'art. 2361, contemplare nello statuto della società di capitali (che sia operativa in un settore di attività in cui opera la partecipata e intenda cessare l'attività "sul campo") le suddette opzioni.

In altri termini, se la società di capitali nasca con l'unico scopo di acquisire partecipazioni in altre imprese e di occuparsi della relativa gestione, ciò deve essere naturalmente specificato nell'oggetto sociale statutario. Ma anche se la società di capitali sia già operativa in un determinato settore di attività e decida di assumere quote di controllo in una società di persone (che opera nel medesimo settore) nonché di dedicarsi alla relativa gestione, cessando l'operatività "sul campo", la clausola relativa all'oggetto sociale dovrebbe prevedere, secondo la tesi riferita, le operazioni dell'acquisto di partecipazioni e dell'assunzione dell'amministrazione di altre società.

Riepilogando quanto finora detto circa la necessità della previsione, nello statuto della società di capitali, della possibilità di assumere lo *status* di socio ed amministratore di una società personale, tale necessità sembra emergere solo in un particolare caso: ossia quando la società

³⁶⁴ Il carattere di impresa commerciale della *holding* sarebbe comunque salvo perché essa rientrerebbe tra le imprese ausiliarie di cui all'art. 2195, n. 5: P. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, pp. 280 ss.; B. Libonati, *op. ult. cit.*, p. 73; Trib. Messina, 8 aprile 1994, in *Vita not.*, 1999, p. 870.

³⁶⁵ Così anche Trib. Como, 23 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 1881, secondo cui l'«assunzione della veste di *holding* da parte della controllante, non realizza una modifica dell'oggetto sociale enunciato nell'atto costitutivo (e nella fattispecie identico a quello della controllata), ma bensì ed esclusivamente il suo perseguimento in forma indiretta anziché diretta».

di capitali, operante in un settore d'attività in cui agisca anche una società di persone, intenda modificare la modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, passando da una diretta ed immediata ad una indiretta, tramite l'assunzione delle partecipazioni nella società di persone e dell'amministrazione di quest'ultima. E questo, peraltro, soltanto se si aderisca alla tesi dottrinale che individua in tale passaggio non già un semplice cambiamento del *modus operandi* della società, bensì un vero e proprio mutamento dell'oggetto sociale.

È appena il caso di ricordare, invece, che una precisa indicazione statutaria sarebbe indispensabile per *escludere* che la società di capitali possa assumere quote di una società di persone o diventarne amministratrice (in conformità a quanto già detto nel sottoparagrafo A) in merito alle scelte statutarie della società di persone amministrata).

E veniamo ora all'*opportunità* della precisazione, contenuta nello statuto della società di capitali, circa la possibilità per la stessa di diventare socia ed amministratrice di una società personale, opportunità sottolineata da una recente dottrina, «anche in considerazione della responsabilità che da un simile incarico potrebbe derivare in capo alla società»³⁶⁶.

A noi pare, in realtà, che l'opportunità di siffatta indicazione statutaria non riposi sull'esigenza di tutelare il patrimonio della società amministratrice da possibili danni derivanti da una *mala gestio* della società di persone amministrata. A ben vedere, infatti, il legislatore ha già predisposto uno strumento volto a far sì che i soci (o almeno la maggioranza di essi) siano consapevoli del rischio che la società di capitali partecipante s'impoverisca in conseguenza delle obbligazioni assunte dalla società di persone partecipata, obbligazioni delle quali rispondono appunto i soci illimitatamente responsabili: questo strumento giuridico è l'autorizzazione assembleare, che l'art. 2361, 2° comma, richiede per l'assunzione di partecipazioni in imprese comportanti responsabilità illimitata (su questo specifico punto si rinvia al Cap. II, par. 2.5). Se questo è vero, si deve anche concludere che, nel momento stesso in cui i soci della società di capitali autorizzano l'assunzione di quote delle società personali, essi prendono atto che la loro stessa società, in qualità di socio illimitatamente responsabile della società partecipata, potrà anche occuparsi della relativa gestione, secondo i principi generali in materia di amministrazione delle società di persone.

Ci sembra cioè che l'eventuale previsione, nello statuto della società di capitali, della possibilità di assumere le partecipazioni e l'amministrazione di società di persone, nulla aggiunga in termini di tutela del patrimonio della stessa società contro un'eventuale responsabilità derivante dal compimento delle suddette operazioni. Infatti, l'esercizio

³⁶⁶ G. Pescatore, *ibidem*.

dell'amministrazione della società di persone partecipata si configurerebbe come una normale (forse, allo stato attuale, non consueta) modalità di esercizio dell'impresa sociale (della società di capitali) per il raggiungimento del proprio oggetto statutario.

A noi pare piuttosto, come ricordato nel sottoparagrafo A), che la regolamentazione, contenuta nello statuto della società di capitali amministratrice, delle concrete modalità con cui verrà gestita la società di persone partecipata possa assumere una non trascurabile rilevanza organizzativa, in mancanza della quale troverebbero comunque applicazione le ordinarie regole relative allo svolgimento delle mansioni gestorie (nelle società di capitali), fermo restando il limite di compatibilità con i principi propri dell'amministrazione delle società di persone (*in primis*, la non delegabilità delle funzioni gestorie ad un terzo estraneo alla compagine sociale: al riguardo si rinvia al paragrafo successivo).

2.3. La designazione della persona fisica concretamente preposta alla gestione

La tematica in oggetto rappresenta forse il punto di maggiore criticità, una volta riconosciuta l'ammissibilità della fattispecie società di capitali – amministratrice di società personale, giacchè essa obbliga ad una precisa scelta di campo, in ordine ad un potenziale ventaglio di modalità attuative della suddetta fattispecie, che, se effettuata in un'ottica restrittiva, certamente potrebbe limitare la diffusione, nella pratica, di questo modello. Pur consapevoli di ciò, ribadiamo – si veda l'Introduzione del presente lavoro – che ogni concezione utilitaristica di un nuovo istituto deve adattarsi (e piegarsi) ai principi giuridici inderogabili, e giammai potrebbe avvenire il contrario.

Fermo restando il fatto che l'investitura della persona fisica destinata ad occuparsi della gestione della società di persone amministrata è atto proprio della società di capitali amministratrice (nel rispetto, peraltro, di eventuali limiti indicati nello statuto della società amministrata: v. il par. 2.2, *sub A*), il dibattito attuale della dottrina sembra incentrato sulla necessità o meno che tale persona fisica appartenga all'organizzazione della società di capitali amministratrice.

Al riguardo, sembra profilarsi un dualismo di posizioni tra chi ritiene che la persona fisica concretamente investita dell'amministrazione della società di persone, pur non dovendo necessariamente coincidere con il rappresentante legale della società di capitali amministratrice, debba in ogni caso appartenere, in senso lato, all'organizzazione di

quest'ultima (rientrando almeno tra gli ausiliari dell'imprenditore)³⁶⁷, e chi invece non ravvisa nemmeno l'esistenza di quest'ultimo limite³⁶⁸.

Noi crediamo sia necessario distinguere i tre tipi di rappresentanza (organica, commerciale e negoziale) e verificare quali tra essi siano compatibili con la fattispecie oggetto della nostra ricerca.

Si è già visto, nel corpo del presente lavoro (v. il Cap. II ed, in particolare, il par. 2.4), come non possa essere sollevata alcuna fondata obiezione contro la possibilità che una società di capitali si serva, per amministrare una società di persone, del proprio organo legale rappresentante, valendo ciò a superare quel *deficit*, dovuto alla mancanza di "corporalità", che colpisce le persone giuridiche rispetto alle persone fisiche. L'assenza di ogni "dualità" tra l'ente e colui che lo rappresenta «importa la riferibilità al primo di tutti gli atti e fatti dei suoi organi salvo che siano stati posti in essere per un interesse personale o per uno scopo illecito o del tutto estraneo ai fini istituzionali dell'ente»³⁶⁹; piuttosto, si potrebbe porre il problema – che affronteremo in seguito – se il rappresentante legale possa subdelegare le mansioni gestorie ad altro soggetto.

Venendo alla *rappresentanza commerciale*, si tratta di vedere se la società di capitali amministratrice di una società di persone possa avvalersi, nell'espletamento dell'incarico, di institori e procuratori, nei limiti dei poteri che la legge consente di attribuire a questi soggetti (artt. 2203 ss.).

A noi pare che per rispondere a questa domanda occorra prima inquadrare correttamente la rappresentanza commerciale nell'ambito di una delle due sovra-categorie concettuali, ossia la rappresentanza legale e quella volontaria.

Riguardo all'istitutore vi è una sostanziale concordia in dottrina³⁷⁰ nell'inquadrarlo tra i rappresentanti legali, poiché la preposizione institoria è un atto volontario dell'imprenditore,

³⁶⁷ Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.; A. Nigro, *op. ult. cit.*, p. 16, il quale peraltro sembra limitare la scelta alla cerchia dei soggetti legati da rappresentanza organica che consenta «una tranquilla imputazione *diretta* all'ente "amministrante" degli obblighi e delle responsabilità connessi alla funzione amministrativa»; cfr. anche A. Cetra, *La persona giuridica amministratore nelle società*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010, p. 118, ove si ipotizza l'affidamento della gestione «ai centri decisionali della persona giuridica prescelta».

³⁶⁸ G. Pescatore, *op. cit.*, p. 1176.

³⁶⁹ Studio n. 3511 del 16 dicembre 2002 del Consiglio Nazionale del Notariato, «*Rappresentanza e notariato*».

³⁷⁰ V., per tutti, G. Guizzi, *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, in *Quaderni romani di diritto privato*, a cura di Angelici, Di Maio, G.B. Ferri, Masi, Padova, 1997, pp. 5 ss. All'istitutore potrebbe essere equiparato, secondo autorevole dottrina (F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna,

la cui fonte e i cui effetti si rinvergono però nella legge, e precisamente in quell'art. 2204 che attribuisce a questa figura il potere di «compiere tutti gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa a cui è preposto, salve le limitazioni contenute nella procura». Ciò significa che è sufficiente l'individuazione, da parte dell'imprenditore, dello *status* di institore in un determinato soggetto, senza necessità che sia conferita esplicitamente una procura, salvo che questi debba essere autorizzato ad alienare od ipotecare beni immobili ³⁷¹.

La riconduzione dell'institore alla categoria dei rappresentanti legali dell'imprenditore consente dunque di affermare che la società di capitali, socia ed amministratrice di una società personale, può senz'altro avvalersi di tale ausiliario per l'esercizio dell'impresa della società di persone amministrata ³⁷². Questa conclusione del resto appare conforme a quanto già sostenuto da quella dottrina che, negando l'ammissibilità della nomina dell'amministratore estraneo nelle società personali, ne riconosce comunque la possibilità di attribuirgli la

2003, p. 315), il *direttore generale*, se questi sia dotato dei poteri di rappresentanza, e fermo restando che le decisioni relative agli obiettivi globali e alle strategie per realizzarli dovrebbero restare appannaggio dell'organo amministrativo (A. Audino, *Commento all'art. 2396*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, p. 551). Considera soltanto "normale", ma non necessaria, la coincidenza della figura del direttore generale con la fattispecie della preposizione institoria, P. Abbadessa, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, p. 89, a mente del quale il limite, verso l'alto, della competenza del direttore generale è dato dalla politica societaria, esclusivo appannaggio dell'organo amministrativo. Secondo la giurisprudenza, la funzione tipica degli amministratori dovrebbe restare quella di gestione dell'impresa, laddove ai direttori generali potrebbe essere demandata l'«esecuzione, seppure al più alto livello, delle disposizioni generali impartite nel corso di tale gestione» (Cass., 10 novembre 1987, n. 8279, in *Mass. Foro it.*, 1987, c. 1978).

³⁷¹ Erroneamente quindi il codice parla di «procura» riferendosi alla preposizione institoria, in quanto quest'ultima ha fonte nella legge e non nella volontà negoziale: P.G. Marchetti, *I poteri di rappresentanza dei direttori di banca*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano, 1986, pp. 83 ss. Infatti, non necessariamente la preposizione institoria deriva da una procura iscritta al registro delle imprese (art. 2206), poiché essa potrebbe risultare, come fatto interno d'impresa, dai libri obbligatori o da documenti provenienti dall'imprenditore, come gli elenchi dei funzionari dotati del potere di firma: C. Licini, *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, in *Riv. not.*, 1991, p. 418; *adde*, Studio n. 3511 del 16 dicembre 2002 del Consiglio Nazionale del Notariato, cit.

È da ammettersi anche la procura institoria tacita, consistente in un comportamento concludente dell'interessato, anche se può risultare difficile, sul piano pratico, accertare la misura dei poteri conferiti, soprattutto al fine di stabilire se il rappresentante tacito si mantenga nei limiti di tale misura senza abusare dei suoi poteri; in tal senso, si veda G. Guizzi, *op. cit.*, p. 229, secondo il quale «non è mai la procura (...) a giustificare l'efficacia diretta per l'imprenditore degli atti negoziali compiuti dagli ausiliari, bensì (n.d.r.) la conformità dell'attività svolta da codesti collaboratori alle mansioni loro affidate».

³⁷² Non sposta questa conclusione l'eventuale accoglimento della tesi secondo cui la rappresentanza dell'institore costituirebbe un *tertium genus* con tratti distintivi, ma con parentela, sotto il profilo della tutela dell'affidamento dei terzi e del traffico giuridico, con la rappresentanza organica delle società di capitali: v. C. Licini, *op. cit.*, p. 416.

qualifica di institore ³⁷³. E si noti come la preposizione, da parte della società di capitali amministratrice, dell'institore all'intera gestione della società di persone non eluda in alcun modo il principio (se lo si voglia ritenere ancora imperante) della riserva del potere di amministrazione in capo ai soci, giacchè amministratore in senso tecnico-giuridico resta la società di capitali (con le annesse conseguenze in materia di responsabilità degli atti compiuti, che si sono già viste nel par. 2.5 del Cap. II).

Il discorso dovrebbe essere analogo con riguardo al procuratore dell'imprenditore, che, fermo restando la maggiore limitatezza dei poteri gestori ³⁷⁴, ben potrebbe essere inquadrato nell'ambito dei rappresentanti legali ³⁷⁵.

E veniamo ora alla *rappresentanza negoziale*, vero "pomo della discordia" in dottrina, tra chi nega la possibilità di farvi ricorso, da parte di una persona giuridica, nell'amministrare una società, e chi invece non ravvisa alcun ostacolo al suo utilizzo ³⁷⁶.

Illustriamo di seguito i vari passaggi del ragionamento che ci conduce a sostenere che la società di capitali non possa attribuire ad un terzo, estraneo alla propria organizzazione, il mandato ad amministrare, *tout court*, una società di persone.

All'uopo, occorre innanzitutto rimarcare la differenza che intercorre tra il rappresentante legale che agisce per la società rappresentata, la quale si immedesima in quello e dunque non incontra limiti nell'agire (se non il limite dello scopo dell'ente rappresentato), ed il rappresentante negoziale, investito con procura del potere di compiere uno o più negozi giuridici in nome e per conto della società rappresentata.

Già si è detto ³⁷⁷ che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritengono che gli amministratori non possano «affidare a terzi la completa direzione dell'attività sociale, con un totale svuotamento dei loro poteri, e con una sostanziale *abdicazione* a favore di terzi delle loro funzioni gestorie» ³⁷⁸, concludendo pertanto per l'illiceità di un generale (e generico) mandato (accompagnato da *procura generale*) ad amministrare. Lo stesso deve dirsi per

³⁷³ Per tutti, F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 66.

³⁷⁴ Egli potrebbe dunque soltanto compiere determinati atti o categorie di atti pertinenti all'esercizio dell'impresa della società di persone amministrata dalla società di capitali a cui egli è legato da un rapporto continuativo (art. 2209).

³⁷⁵ Come sostenuto da autorevole dottrina: G. Guizzi, *op. cit.*; anche secondo C. Licini, *op. cit.*, p. 421, il potere rappresentativo del procuratore deriva, come effetto legale, dal suo inserimento nell'organizzazione dell'impresa.

³⁷⁶ Si rinvia anche a quanto accennato *supra* ed in particolare alle note 367 e 368.

³⁷⁷ V. il par. 4 del Cap. II, in particolare la nota 205.

³⁷⁸ F. Bonelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 100.

quanto riguarda la possibilità, tendenzialmente esclusa dalla giurisprudenza ³⁷⁹, che lo statuto o una decisione dei soci possa nominare un procuratore generale che di fatto sostituisca l'organo amministrativo nella gestione e nella rappresentanza della società.

È certamente vero che una parte della dottrina, criticando l'eccessiva astrattezza del dualismo procura generale – illegittima e procura speciale – lecita, ha ammesso la possibilità per gli amministratori di una società di capitali di conferire procure generali a terzi, purchè i primi si riservino il potere di revoca, in modo da non abdicare alle funzioni gestorie e da non sottrarsi al dovere di vigilare sull'operato del procuratore ³⁸⁰; tuttavia, da un lato, questa tesi non trova il sicuro conforto della giurisprudenza ³⁸¹, dall'altro, essa deve coordinarsi con i principi del diritto societario, ed in particolare con quelli delle società di persone amministrate dalla società di capitali che deve designare le persone fisiche concretamente preposte alla gestione delle prime.

E a noi pare che gli argomenti ostativi alla nomina di una persona giuridica come amministratrice di una società di persone, presi in esame nel Cap. II, per quanto già superati dall'analisi ivi condotta, potrebbero ripresentarsi qualora la persona giuridica decidesse di delegare interamente le funzioni di amministrazione della società personale a terzi mandatarî (con rappresentanza) estranei alla propria organizzazione. In particolare, si riproporrebbe l'eventuale violazione del principio della riserva, in capo ai soci, del potere di nomina degli

³⁷⁹ Trib. Milano, 7.3.1970, in *Giur. mer.*, 1970, I, pp. 498 ss.; Trib. Milano, 23.12.1970, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, II, pp. 621 ss.; *contra* Trib. Milano, 20.7.1981, in *Riv. not.*, 1992, II, pp. 919 ss., con nota critica di P. Guida, *Sulla legittimità della nomina del procuratore generale della società di capitali*.

³⁸⁰ D. Latella, *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 124 ss., il quale considera la revoca come un efficace strumento di autotutela dell'amministratore mandante, esercitando il quale questi può evitare che un'attività non proficua o dannosa per la società si protragga inutilmente; possibilista appare anche P. Abbadessa, *op. ult. cit.*, p. 99, per il quale la procura generale «non implica automaticamente – e neppure in via normale – “abdicazione” del consiglio rispetto alla funzione di indirizzo».

³⁸¹ Esistono pronunce in favore dell'ammissibilità del mandato generale per la rappresentanza in giudizio (Cass., 3 gennaio 1966, n. 15, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 358; Cass., 31 agosto 1966, n. 2296, in *Dir. fall.*, 1967, II, p. 63; Cass., 28 ottobre 1976, n. 3943, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 65; Cass., 18 febbraio 1977, n. 735, cit.; Cass., 28 luglio 1977, n. 3373, cit.; Cass., 9 novembre 1982, n. 5877, in *Rep. Giur. it.*, 1982, v. *Società*, n. 310), tuttavia la giurisprudenza prevalente considera inammissibile la procura negoziale generale (v. nota 205). Peraltro, è senz'altro condivisibile l'affermazione circa la necessità di verificare caso per caso il contenuto della procura, non fermandosi al *nomen iuris* ad essa attribuito dalle parti: sotto questo profilo infatti potrebbe accadere «che la procura sia effettivamente generale, ma sia stata denominata speciale soltanto per sfuggire alla sanzione di nullità comunemente irrogata dalla giurisprudenza» (D. Latella, *op. cit.*, p. 128).

amministratori ³⁸², e di quello del *pactum fiduciae* tra gli amministratori e la società: ciò in quanto il potere di gestire (nel senso di assumere ed eseguire gli atti amministrativi) verrebbe di fatto esercitato da soggetti estranei all'organizzazione della persona giuridica socia ed amministratrice della società di persone.

Lo strumento del mandato con rappresentanza può in realtà essere utilizzato dalla persona giuridica nei limiti in cui ciò non contrasti coi principi suddetti e con il dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone.

È vero che parte della dottrina ammette che l'organo amministrativo di una società di capitali possa delegare a terzi procuratori una porzione anche molto ampia della funzione gestoria ³⁸³, ma la delega non potrebbe, a nostro avviso, essere talmente ampia da comprendere la gestione, *tout court*, della società di persone di cui la società di capitali è amministratrice. E specialmente qualora si ritenga ancora valido il principio secondo cui amministratore di una società di persone non può essere un terzo estraneo, si dovrebbe concludere che la società di capitali amministratrice della società di persone possa assegnare a terzi mandatarî alcuni compiti relativi alla gestione di quest'ultima, conservando però la direzione dell'impresa: esattamente allo stesso modo in cui la società di persone potrebbe designare mandatarî per il compimento di alcuni atti.

Come già detto al par. 1 del presente Capitolo, il divieto di affidare l'amministrazione di una società di persone ad un estraneo, oltre ad impedire di nominare come amministratore una società di capitali (ed una persona giuridica in genere) non socia della prima, influenza la scelta delle modalità concrete con cui la società di capitali, socia della società personale, può gestire quest'ultima.

Un dato normativo a sostegno della nostra ricostruzione, tendente ad escludere l'ammissibilità della delega a terzi mandatarî dei poteri di amministrazione della società di persone, lo si rinviene in quell'art. 2388, 3° comma, che ci appare esser stato sottovalutato dalla dottrina che invece riconosce tale possibilità. In particolare, secondo quest'ultima dottrina, «l'unico

³⁸² Riserva che in realtà non è assoluta, ma che può essere derogata col consenso di tutti i soci: è chiaro però che, se la società di capitali amministratrice della società di persone provvedesse ad attribuire concretamente l'incarico ad una persona fisica estranea alla propria organizzazione, gli altri soci della società di persone verrebbero di fatto, in mancanza del loro consenso, privati del potere di nomina dell'amministratore.

³⁸³ Secondo D. Latella, *op. cit.*, p. 129, «è verosimile immaginare gli amministratori di una società di dimensioni grandi (o grandissime) che abbiano, per così dire, la "scrivania vuota", appunto per avere delegato a terzi l'assolvimento della quasi totalità delle proprie incombenze. L'oggetto della procura potrebbe infatti ampliarsi fino a comprendere anche decisioni di elevata importanza per l'impresa sociale, senza limitarsi ad individuare compiti di carattere meramente *esecutivo* delle direttive impartite e, anzi, prevedendo consistenti spazi di autonomia decisionale».

caso in cui la persona fisica deve necessariamente essere legale rappresentante dell'amministratore – persona giuridica pare essere quello in cui debba essere assunta una delibera nell'ambito del consiglio di amministrazione della società amministrata»³⁸⁴. A noi pare tuttavia che questa norma, lungi dall'avere carattere eccezionale³⁸⁵, esprima una regola valida in linea di principio ogni qual volta l'organo amministrativo debba esercitare collegialmente il potere decisionale, il che rappresenta la normalità (almeno nel modello legale di *governance* delle s.p.a. e delle s.r.l.): in presenza di più amministratori, questi costituiscono il consiglio di amministrazione (artt. 2380-*bis* e 2475), che deve inderogabilmente (almeno nelle s.p.a.)³⁸⁶ operare collegialmente, salva la possibilità di delegare alcune funzioni (art. 2381). E quest'ultima possibilità, evidentemente, si riferisce soltanto agli amministratori delegati o al comitato esecutivo, e non certo a terzi soggetti estranei all'organizzazione societaria³⁸⁷. Dunque, considerare eccezionale l'eventualità che la persona fisica, designata dalla società di capitali amministratrice di altra società, sia chiamata a votare nel consiglio di amministrazione appare fuorviante: è proprio perché *di norma* quella persona dovrà partecipare alle riunioni del c.d.a. (ed esprimere il voto) della società amministrata, che risulta *necessaria* la sua qualifica di rappresentante legale della persona giuridica amministratrice, non potendo trovare cittadinanza la rappresentanza volontaria, in forza del divieto *ex art.* 2388, 3° comma.

Da questa norma potrebbe addirittura trarsi un'interpretazione ancor più radicale: ossia di ritenere che il potere decisorio, inteso come potere di deliberare gli atti di amministrazione che dovranno essere compiuti (anche eventualmente da un mandatario), non possa essere delegato a soggetti estranei all'organizzazione della società³⁸⁸, ai quali ultimi dunque potrebbero essere attribuiti soltanto compiti esecutivi dei medesimi atti³⁸⁹. Si tratta forse di

³⁸⁴ G. Pescatore, *op. cit.*, p. 1176.

³⁸⁵ E infatti abbiamo visto come essa possa ritenersi applicabile anche alle s.r.l. e, benché con finalità diverse, alle società di persone.

³⁸⁶ Nelle s.r.l., invece, ben potrebbe lo statuto prevedere sistemi di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva ed, in tali casi, il divieto di cui all'art. 2388, 3° comma, non opererebbe.

³⁸⁷ Il concetto è pacifico in dottrina, onde evitare che l'istituto della delega si traduca in «un'intollerabile rinuncia ai propri poteri gestori, a tutto vantaggio di chi non è stato chiamato dall'assemblea a farne parte» (P. Morandi, *Commento all'art. 2381*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 487, ove trovasi altri riferimenti bibliografici).

³⁸⁸ Nel senso che tale potere potrebbe essere attribuito soltanto ad amministratori delegati della società o ad institori.

³⁸⁹ *Contra*, D. Latella, *op. cit.*, p. 129. Larga parte della dottrina ammette le deleghe generali, comprensive di tutte le funzioni amministrative delegabili, ma pur sempre a componenti del c.d.a. o del comitato esecutivo: F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 311; P. Morandi, *ibidem*.

una lettura “estrema” del divieto posto dall’art. 2388, 3° comma, ma che, a ben vedere, non risulta così stravagante, soprattutto se rapportata all’universo delle società di persone. Anch’esse, infatti, potrebbero prevedere la costituzione di un consiglio di amministrazione e, qualora tra gli amministratori vi fosse una società di capitali, quest’ultima non potrebbe delegare ad un terzo estraneo il potere di partecipare alla deliberazione in merito all’atto di gestione della società di persone amministrata. Questo ovviamente, a patto che si ritenga ³⁹⁰ operante il divieto *ex art.* 2388, 3° comma, anche nelle società di persone (che abbiano scelto di costituire un c.d.a.), allo scopo di salvaguardare il principio della riserva del potere di amministrazione in capo ai soci.

Ad ogni modo, anche se non si voglia accogliere un’accezione così rigorosa del significato del divieto in questione (ossia nel senso di limitare il mandato al compimento di meri atti esecutivi), e si ammetta invece che la persona giuridica amministratrice della società di persone possa attribuire parte delle proprie funzioni a terzi mandatarî estranei alla propria organizzazione, ciò non potrà mai risolversi in un’abdicazione ai propri poteri, dovendosi essa limitare al conferimento di procure speciali, allo stesso modo di quanto potrebbe fare direttamente la società di persone amministrata senza passare per il “filtro” della persona giuridica amministratrice.

Abbiamo accennato, all’inizio del presente paragrafo, come, mentre nessun problema si pone nel caso in cui ad amministrare la società di persone sia un legale rappresentante della società di capitali amministratrice, si potrebbe dubitare della liceità della *subdelega*, da parte di costui, ad un terzo soggetto, estraneo all’organizzazione societaria, e ciò per le stesse ragioni illustrate *supra* a proposito della rappresentanza negoziale.

Autorevole dottrina ammette, in generale, la subdelega anche in tema di rappresentanza organica di società ³⁹¹, purchè autorizzata dal rappresentato o, in difetto di autorizzazione, se la “sostituzione” si riveli necessaria (per eventi naturali o impossibilità del rappresentante), fermo restando che il rappresentante risponde dell’operato del subdelegato. In particolare, secondo la ricordata dottrina, il consiglio d’amministrazione, in forza della sua competenza diffusa in materia di gestione dell’impresa sociale, potrebbe conferire qualsiasi tipo di procura, anche generale, mentre l’amministratore delegato potrebbe subdelegare a terzi le mansioni gestorie che gli sono state affidate.

³⁹⁰ Come crediamo: v. il par. 2.6 del Cap. II.

³⁹¹ P. Abbadessa, *op. ult. cit.*, pp. 75 ss., ed in particolare, con riferimento a quanto si dirà *infra* nel testo, v. p. 186, nota 137.

A noi pare che in materia di subdelega debba ribadirsi quanto già affermato a proposito dell'impossibilità per la società di nominare un procuratore generale in sostituzione dell'amministratore: è corretto quindi ritenere che «gli amministratori delegati, quali titolari del potere di rappresentanza della società per azioni, possono rilasciare a terzi mandati e procure speciali (...) per singoli affari o per determinate categorie di atti, ma non possono conferire procure generali, per il motivo che, in tal modo, svuoterebbero i propri poteri, eludendo l'inderogabile normativa in materia di competenza ed esercizio della funzione amministrativa»³⁹².

Ancora una volta, quindi, si dovrebbe concludere che l'amministratore della società di capitali, delegato all'amministrazione della società di persone di cui la stessa società di capitali è socia, possa subdelegare alcuni dei propri compiti, mediante procure speciali, a terzi estranei all'organizzazione a cui egli stesso appartiene, entro gli stessi limiti che valgono per qualunque amministratore di società.

2.4. L'applicazione delle formalità pubblicitarie

Nel paragrafo 1 del Cap. II si è visto come la norma contenuta nel 4° comma dell'art. 2383, che impone agli amministratori di società di capitali di iscrivere la propria nomina al registro delle imprese, indicando le proprie generalità, benché pensata in riferimento alle persone fisiche, possa certamente adattarsi alle persone giuridiche amministratrici.

E si è anche dato conto di come, in tale ultima eventualità, la dottrina sia divisa sulla necessità o meno che le formalità pubblicitarie siano esperite *anche* con riferimento alla persona fisica concretamente investita, dalla persona giuridica amministratrice, della gestione della società amministrata³⁹³.

In materia di società di persone, pur mancando una norma analoga all'art. 2383, 4° comma – ed anzi essendo stato eliminato l'obbligo per gli amministratori con rappresentanza di depositare le loro firme autografe presso l'ufficio del registro delle imprese (già art. 2298, 2° comma) – l'indicazione dei soci investiti del potere di amministrazione e di rappresentanza è già contenuta nell'atto costitutivo (art. 2295, 1° comma, n. 3)³⁹⁴, iscritto al registro delle imprese, ed ogni relativa modificazione deve essere parimenti iscritta nel medesimo registro.

³⁹² D. Scarpa, *La delega gestoria nella s.p.a.: architettura delle interazioni tra delegati e deleganti*, in *Contr. Impr.*, 2011, p. 130 s.

³⁹³ V., in particolare, la nota 55.

³⁹⁴ In difetto, tutti i soci (nella s.s. e nella s.n.c.) si considerano amministratori con potere di rappresentanza.

Pertanto, la disputa di cui sopra, relativa alla necessità o meno della *doppia pubblicità*, sembrerebbe ripetersi, *prima facie*, per la fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone.

Non appare fuori luogo ricordare come il legislatore in passato avesse preso posizione sul punto, nel disegno di legge di riforma delle società di persone, elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Di Sabato ³⁹⁵, prevedendo la necessità che la persona giuridica amministratrice designasse un rappresentante stabile con atto di nomina (e firma autografa di quest'ultimo) depositato presso l'ufficio del registro delle imprese, senza il quale deposito la persona giuridica non avrebbe potuto validamente impegnare la società amministrata.

Già la circostanza che il legislatore abbia sentito l'esigenza, con una proposta normativa rimasta tale, di sancire *expressis verbis* l'obbligo, in capo alla persona giuridica amministratore, di pubblicizzare la nomina della persona fisica concretamente preposta alla gestione della società di persone amministrata, induce a ritenere che tale soluzione non derivi automaticamente dai principi generali del diritto societario; ciò, peraltro, in conformità a quanto si è già detto in materia di G.E.I.E. e di S.E., ove la scelta legislativa di sottoporre il rappresentante stabile della persona giuridica amministratrice agli stessi obblighi e responsabilità gravanti su quest'ultima deve parimenti considerarsi precipua di quei particolari organismi, piuttosto che espressione di una regola generale.

Posta quindi l'assenza di una disciplina specifica sul punto, non resta che applicare le norme vigenti in materia di formalità pubblicitarie previste per la nomina degli amministratori nella società di persone amministrata (di cui si è già detto *supra*) e nella società di capitali amministratrice.

A noi pare che l'analisi del sistema normativo deponga nel senso che - fermo restando che socia ed amministratrice della società di persone è unicamente la persona giuridica (e non colui che agisce in nome e per conto di quest'ultima per l'espletamento dell'incarico amministrativo) – debba essere garantito al terzo contraente la *possibilità di informarsi* in merito alla qualifica della persona fisica con la quale egli entra in contatto, in ossequio al principio di certezza dei traffici giuridici.

Ma ciò deve avvenire secondo i principi generali in materia di rappresentanza organica, commerciale o negoziale.

Quindi, se la società di capitali, socia ed amministratrice della società personale, intenda esercitarne la gestione avvalendosi delle regole di funzionamento del proprio assetto

³⁹⁵ V. la nota 21.

organizzativo interno, non vi sarà alcun bisogno di una pubblicità supplementare per soddisfare l'esigenza informativa dei terzi; gli stessi amministratori delegati, dotati del potere di rappresentanza della propria società di capitali, impegnano validamente la società di persone amministrata dalla società di capitali, senza che il terzo sia gravato da oneri di diligenza nell'informazione ulteriori a quelli che in ogni caso egli deve osservare quando contratta con una società ³⁹⁶.

Sotto questo profilo, non si condivide l'opinione secondo la quale «quanto meno in presenza di un “incaricato stabile”, le formalità pubblicitarie *debbono essere (n.d.r.)* esperite anche in relazione a questo» ³⁹⁷. Invero - secondo la ricostruzione fatta nel paragrafo precedente - l'incaricato in questione potrebbe essere soltanto l'amministratore o un soggetto appartenente all'organizzazione della società di capitali amministratrice della società personale. Tuttavia, in questo caso, ci pare che un'adeguata informativa al terzo contraente deriverebbe già dall'applicazione delle generali regole pubblicitarie, secondo quanto si dirà in appresso.

Innanzitutto, se il potere di rappresentanza della società di persone amministrata fosse affidato all'amministratore unico o al presidente del consiglio di amministrazione della società di capitali amministratrice, il terzo potrebbe acquisirne la conoscenza semplicemente dall'esame del registro delle imprese, senza alcuna deviazione rispetto alla prassi delle contrattazioni: dalla consultazione del suddetto registro, egli potrebbe dapprima verificare che l'atto costitutivo della società di persone affidi l'amministrazione (e la rappresentanza) alla società di capitali socia della prima ³⁹⁸, e, quindi, che la persona fisica con la quale egli negozia sia a sua volta amministratore e legale rappresentante della società di capitali.

La proposta di imporre alla società di capitali, fin dal momento dell'assunzione dello *status* di socio ed amministratore della società di persone, l'obbligo di designare un rappresentante stabile (e di curarne le relative formalità pubblicitarie) per la gestione della società di persone, risulta, da un lato, sovrabbondante rispetto al normale atteggiarsi dei principi relativi all'agire

³⁹⁶ Il concetto è già stato illustrato nel par. 2.7 del Cap. II.

³⁹⁷ Così G. Pescatore, *op. cit.*, p. 1176, il quale invece, correttamente, esclude la necessità dell'espletamento delle formalità pubblicitarie con riguardo alle diverse persone fisiche di cui si volesse avvalere la persona giuridica amministratrice per gestire la società (nei limiti, già riferiti nel par. 2.3, in cui ciò possa avvenire).

³⁹⁸ O, quantomeno, che non escluda ciò, visto che, in assenza di diversa previsione, tutti i soci (almeno quelli a responsabilità illimitata) di una società di persone ne sono anche amministratori: si rinvia a quanto già detto in merito al Cap. III.

della società amministratrice e, dall'altro lato, penalizzante verso la libera esplicazione dell'autonomia organizzativa di quest'ultima ³⁹⁹.

Anche nel caso in cui l'organo amministrativo della società di capitali amministratrice della società di persone delegasse tale funzione ad uno o più amministratori o ad un comitato esecutivo, il terzo contraente avrebbe certamente l'opportunità di svolgere le adeguate indagini: il verbale della deliberazione del conferimento della delega verrebbe pur sempre trascritto nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione (art. 2421, 1° comma, n. 4 per le s.p.a.) o nel libro delle decisioni degli amministratori (art. 2478, 1° comma, n. 3 per le s.r.l.), ed il terzo avrebbe diritto, in sede di contrattazioni, a che gli venisse esibita copia del suddetto verbale.

Né sembrerebbe destare problemi l'eventualità in cui l'incarico di amministrare la società di persone venisse affidato, dalla società di capitali amministratrice, ad un istitutore: anche in mancanza dell'iscrizione al registro delle imprese della relativa procura, il terzo contraente potrebbe accertarsi della legittimazione dell'altra parte individuando *aliunde* la preposizione institoria ⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Giusta l'osservazione di M. Manuli, *Persona giuridica amministratore: necessità di un rappresentante?*, in *Vita notarile*, 2009, p. 612, secondo cui la "normale" attribuzione dell'incarico di gestione della società di persone amministrata, all'amministratore unico o al presidente del c.d.a. della società di capitali amministratrice, risulta maggiormente tutelante per i terzi che non la nomina di una rappresentante persona fisica *ad hoc*. Infatti, nel primo caso, sarebbe sufficiente «effettuare una mera visura camerale inerente la società amministratore per verificare chi rivesta il ruolo di amministratore e chi abbia i poteri di firma dell'ente amministratore e dunque chi possa, a sua volta, impegnare l'ente amministrato, il tutto *ex art.* 2383 c.c. Inoltre, in tal modo, si eviterà che un singolo soggetto possa prendere tutte le decisioni inerenti l'ente amministrato, in modo assolutamente autonomo» (M. Manuli, *ibidem*). E lo stesso Autore coglie nel segno anche nel ritenere che in tal modo venga salvaguardata la posizione della persona giuridica amministratrice, «la quale sarebbe altrimenti sottoposta ad una forma di responsabilità oggettiva per l'attività posta in essere dal proprio rappresentante o tutt'al più sottoposta ad una responsabilità per *culpa in eligendo*» (tuttavia, sulla difficoltà di inquadrare la responsabilità della società che designi un terzo mandatario, v. par. 3 del Cap. III). Di contrario avviso la Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit., ove si sostiene l'assoggettamento del rappresentante persona fisica (comunque necessariamente appartenente all'organizzazione dell'ente amministratore) ai medesimi obblighi, responsabilità e formalità pubblicitarie dettati per la persona giuridica amministratrice.

⁴⁰⁰ Si è già visto al paragrafo precedente (ed in particolare alla nota 371) come la preposizione institoria consista in un fatto interno d'impresa, che potrebbe risultare dai libri obbligatori o da documenti provenienti dall'imprenditore, come le lettere di accreditamento o gli elenchi dei funzionari dotati del potere di firma. L'obiezione secondo la quale nel caso di specie il terzo rischierebbe di non aver accesso al "fatto" da cui deriva la preposizione institoria risulta, da un lato, non specificamente riservata alla fattispecie della società di capitali amministratrice di altra società, in quanto potenzialmente riferita a tutte le ipotesi di contrattazioni tra l'istitutore ed i terzi, dall'altro lato, essa appare superabile estendendo all'istitutore l'onere di palesare ai terzi contraenti la fonte dei suoi poteri, nonché spostando sul notaio, negli atti che questi è chiamato a ricevere, tale ultima incombenza (v., *infra*, nel testo).

Si noti, peraltro, che nella prassi delle contrattazioni l'onere dell'accertamento della legittimazione del rappresentante della società non grava direttamente sull'altro contraente, ma viene legislativamente accollato al notaio che riceve l'atto pubblico o autentica la scrittura privata. Il pubblico ufficiale rogante provvederà infatti a verificare sia lo *status* di amministratore della società di capitali sia quello della società personale, sia la qualifica della persona fisica che interviene in atto; inoltre, in sede di comparizione del rappresentante della società di capitali (socia ed amministratrice della società di persone), il notaio menzionerà (o allegnerà) lo statuto (ed il relativo articolo) dal quale derivano i poteri dell'amministratore unico, o la deliberazione del consiglio di amministrazione dalla quale si evince la delega ad uno o più amministratori, o, infine, il documento contenente la preposizione institoria (allegando obbligatoriamente la procura, ai sensi dell'art. 2204, nel caso in cui l'istitutore sia stato autorizzato a vendere o ipotecare beni immobili aziendali).

Emerge quindi come l'applicazione dei generali principi in materia di pubblicità di coloro che, in forza di rappresentanza organica o commerciale, agiscono in nome e per conto della società di capitali amministratrice della società di persone, impegnando, di conseguenza, quest'ultima, risulti idonea (e sufficiente) a soddisfare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che è ragionevole considerare primaria ai fini del riconoscimento della legittimità della fattispecie oggetto della tesi ⁴⁰¹.

Quanto finora detto *non varrebbe*, invece, se la società di capitali (o i suoi amministratori) si avvallesse(ro) di terzi mandatarî per il compimento di determinati atti di gestione della società di persone amministrata. Si verificherebbe, in tal caso, una situazione nella quale le consuete regole della pubblicità commerciale risulterebbero insufficienti a soddisfare l'esigenza di informazione del terzo contraente. È evidente, infatti, che quest'ultimo non sarebbe in grado, tramite la sola consultazione del registro delle imprese, di accertarsi della legittimazione sostanziale del mandatario della società di capitali – amministratrice della società di persone.

⁴⁰¹ Vero è - come si è già detto al par. 2.7 del Cap. II - che tale certezza potrebbe, di fatto, risultare scalfita qualora ad amministrare la società di persone fosse una s.r.l. con sistema di amministrazione disgiuntiva, in cui ciascun socio amministratore potesse agire rappresentando la propria società e di conseguenza anche la società di persone amministrata; tuttavia, da un lato, tale complicazione è solo eventuale e comune a tutte le ipotesi in cui il terzo si trovi a contrattare con una s.r.l. in regime di amministrazione disgiuntiva (indipendentemente dal fatto che essa abbia, nell'ambito del proprio oggetto sociale, l'attività di gestione di una società di persone), dall'altro lato, il nodo può essere sciolto tramite oculte clausole statutarie che impongano che le decisioni in materia di gestione della società di persone siano adottate collegialmente dagli amministratori della s.r.l. partecipante. Altra soluzione potrebbe essere quella di designare un rappresentante stabile: v. di seguito nel testo.

La fonte del potere di costui si trova non nelle regole organizzative estrinsecatesi nello statuto o nelle delibere dell'organo amministrativo, bensì nella *procura* civilisticamente intesa (ossia quella disciplinata negli artt. 1387 ss.), e non già in quella commerciale dell'institore.

Poiché, peraltro, manca una disciplina generale relativa alla pubblicità della procura ⁴⁰², assume una rilevanza fondamentale l'art. 1393, secondo cui «il terzo che contragga col rappresentante può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri e, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata». Una volta che il terzo sia stato diligente nell'informarsi e abbia subito un danno per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto concluso, il *falsus procurator* sarà tenuto al relativo risarcimento (art. 1398).

Se si volesse ammettere – come abbiamo invece espressamente negato nel precedente par. 2.3 – che l'incarico di gestire la società di persone possa essere affidato ad un terzo mandatario della persona giuridica che ne è formalmente amministratrice, l'eventuale pubblicità (che, secondo parte della dottrina, sarebbe qui da considerarsi obbligatoria) costituita dall'iscrizione nel registro delle imprese della designazione di quel mandatario risulterebbe, a nostro avviso, inappropriata e non tutelante per i terzi.

Inappropriata perché nel caso di specie il terzo, semplice mandatario, non sarebbe un amministratore (o comunque un soggetto rientrante nell'organizzazione) della società di capitali amministratrice: pertanto non dovrebbe ivi trovare applicazione la pubblicità di cui all'art. 2383, 4° comma.

La medesima pubblicità, inoltre, non si rivelerebbe neanche sufficiente a garantire ai terzi contraenti che quel mandatario, il cui nominativo fosse iscritto al registro delle imprese, abbia il potere di rappresentanza sostanziale della società di capitali amministratrice e, in ultima analisi, della società di persone amministrata. Infatti il terzo dovrebbe pur sempre accertarsi (ed il mandatario dare prova) della fonte del suddetto potere che, secondo le generali regole civilistiche, si identifica nella procura ⁴⁰³.

È significativo, del resto, come una parte della dottrina, che pure sostiene la necessaria applicazione delle formalità pubblicitarie anche nei confronti del rappresentante – persona

⁴⁰² A parte l'art. 1396 che impone, ai fini dell'opponibilità delle modificazioni e della revoca della procura, che queste siano portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei.

⁴⁰³ Non possiamo che fare nostra la sintesi di F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 317: «oltre che agli amministratori, la rappresentanza della società può spettare (...) a direttori generali oppure, in base a procura rilasciata dagli amministratori stessi, a dipendenti della società o a mandatari *ad hoc* per singoli affari; e, in questi casi, si tratta di una comune rappresentanza, regolata dai principi generali della rappresentanza».

fisica, limiti tale possibilità esclusivamente alla designazione, per quell'incarico, di un amministratore o comunque di un soggetto appartenente in senso lato all'organizzazione della persona giuridica amministratrice ⁴⁰⁴. Ciò, evidentemente, perché la suddetta tipologia di pubblicità commerciale ben poco ha a che vedere con la designazione di un mandatario munito di procura, retta invece dai comuni principi civilistici.

Se le osservazioni finora svolte sono corrette, ne deriva che la proposta legislativa (della Commissione Di Sabato), sposata poi anche da una parte della dottrina, consistente nella necessaria designazione di un rappresentante stabile della persona giuridica amministratrice, al quale applicare la pubblicità commerciale, difficilmente avrebbe potuto trovare seguito, perché in realtà non sarebbe servita a dare maggiore certezza ai terzi contraenti con la società di persone amministrata dalla persona giuridica.

Infatti si è visto che dall'applicazione dei principi generali in materia di rappresentanza degli amministratori e della relativa pubblicità non deriverebbero problemi di sorta in materia di legittimo affidamento dei terzi contraenti.

La soluzione di iscrivere al registro delle imprese, *ab initio*, anche le generalità di un rappresentante stabile della persona giuridica, incaricato di gestire la società di persone amministrata, potrebbe in realtà conservare un'utilità marginale, ai fini informativi, qualora fosse già lo statuto a designarlo, nei modelli di società capitalistiche che consentano la deroga alla collegialità delle decisioni, *id est* nelle sole s.r.l. In tal caso, infatti, l'attribuzione della funzione di gestire la società di persone amministrata ad uno dei membri dell'organo amministrativo ricadrebbe tra le «le norme relative al funzionamento della società» (art. 2463, 2° comma, n. 7) che devono essere contenute nell'atto costitutivo (o nello statuto) della s.r.l. amministratrice. L'amministratore della s.r.l. richiederà poi l'iscrizione nel registro delle imprese della propria nomina, indicando tutti i propri dati (art. 2383, 4° comma) e *specificando* che a lui è attribuita la funzione di *gestione* e di *rappresentanza* della società di persone amministrata dalla s.r.l. a cui egli appartiene. Questa soluzione effettivamente potrebbe offrire un elevato grado di certezza in ordine al soggetto che, fin da subito, risulterebbe titolare del potere decisionale e rappresentativo inerente alla società di persone amministrata dalla s.r.l. ⁴⁰⁵. A ben vedere, tuttavia, anche in tale ipotesi non si ravviserebbe

⁴⁰⁴ Così la Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit.

⁴⁰⁵ Quella prospettata nel testo sembrerebbe una valida alternativa ad una clausola statutaria che prevedesse la necessità dell'assunzione di decisioni collegiali in merito gli atti di amministrazione della società di persone partecipata: si rinvia al par. 2.7 del Cap. II relativamente ai possibili rimedi per la paventata incompatibilità tra il modello della società personale amministrata e quello della s.r.l. amministratrice.

alcuna deviazione rispetto all'applicazione dei principi generali: semplicemente, l'ordinaria iscrizione al registro delle imprese della nomina dell'amministratore risulterebbe maggiormente circostanziata in merito ai poteri a lui conferiti ⁴⁰⁶.

Per quanto riguarda invece l'ipotesi della s.p.a. amministratrice della società di persone, considerata l'inderogabilità del metodo collegiale nell'esercizio del potere decisionale, lo statuto della prima potrebbe tutt'al più attribuire la rappresentanza, relativa agli atti ricadenti nella sfera giuridica della società amministrata, ad uno o più tra i propri amministratori, i quali poi dovrebbero provvedere ad indicare tale circostanza nella domanda di iscrizione della loro nomina: anche in questo caso, dunque, nessuna deviazione rispetto al consueto *modus procedendi*.

Una deviazione dai principi generali si potrebbe intravedere, invece, qualora si ritenesse *indispensabile* che la società di persone amministrata recepisce, mediante atto di nomina della società amministratrice, anche la designazione, da parte di quest'ultima, del rappresentante persona fisica: ciò che, ovviamente, potrebbe verificarsi solo se la designazione precedesse la nomina ⁴⁰⁷.

Occorre cioè domandarsi se effettivamente la ricostruzione del rapporto tra società amministrata e società amministratrice imponga una simile complicazione.

Noi riteniamo di no, perché da quanto si è detto in precedenza emergono due punti fermi: *i*) formalmente la funzione di amministratore è assunta dalla società di capitali socia della società di persone (in ragione della sua nomina da parte dei soci di quest'ultima o, comunque, in forza del principio generale per cui tutti i soci della società di persone ne sono amministratori); *ii*) la eventuale designazione della persona fisica concretamente incaricata di gestire la società di persone amministrata è atto proprio della società di capitali amministratrice.

⁴⁰⁶ L'unica divergenza rispetto a quanto richiesto dall'art. 2383, 4° comma, consisterebbe infatti nella precisazione, nella domanda d'iscrizione al registro delle imprese della nomina dell'amministratore, del potere *decisionale* in merito alla gestione della società di persone amministrata dalla s.r.l. (oltre all'indicazione del potere di rappresentanza, già contemplato dal suddetto articolo).

⁴⁰⁷ Secondo la Massima n. 100 elaborata dalla Commissione società del Consiglio notarile di Milano, cit., «ai fini dell'iscrizione della nomina e della designazione, possono ipotizzarsi le seguenti ipotesi: (i) l'accettazione dell'amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica precedono la nomina da parte della società amministrata, la cui deliberazione di nomina recepisce e prende atto sia dell'accettazione che della designazione; (ii) venga prima assunta la deliberazione di nomina dell'amministratore persona giuridica da parte della società amministrata, e poi intervenga l'accettazione dell'amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica».

L'analisi del sistema normativo conduce a sostenere che il potere della società di persone di scegliere i propri amministratori si “consumi” al momento del suo esercizio (salva, ovviamente, la possibilità della revoca e di nuove nomine), mentre nessun dato normativo sembra imporre che le modalità concrete ⁴⁰⁸ con le quali l'amministratore nominato potrà svolgere il proprio incarico debbano essere recepite *ab initio* dalla società stessa. Si è già visto (v. in particolare il par. 2.2) come i patti sociali della società di persone possano in certa misura vincolare le scelte della società di capitali amministratrice (ad es., prescrivendo che ad occuparsi della gestione della prima sia soltanto il legale rappresentante della seconda), ma ciò non può essere assunto a regola di sistema. In altri termini, il fatto che la società di capitali, al momento dell'accettazione della sua nomina ad amministratore della società di persone, non designi il rappresentante – persona fisica preposto concretamente allo svolgimento dell'incarico, non incide in alcun modo sulla validità della nomina medesima, non imponendo il sistema un simile onere in capo all'amministratore – persona giuridica. Ed anche sotto il profilo pubblicitario, la specificazione, nella domanda di iscrizione al registro delle imprese relativa alla nomina di un amministratore della società di capitali (art. 2383), del *potere esclusivo* di gestione e rappresentanza della società di persone amministrata ⁴⁰⁹, lungi dal costituire un obbligo legale, non può che reputarsi una mera *possibilità*, derivante da una precisa scelta, in tale direzione, dello statuto della società di capitali amministratrice.

2.5. Alcune considerazioni sulla società di capitali – amministratrice di fatto di società di persone

La recente affermazione, in sede giurisprudenziale ⁴¹⁰, della configurabilità della società di capitali quale socio di fatto di una società di persone, fondamentale indirizzata ad un'accentuazione della tutela dei creditori sociali di quest'ultima mediante assoggettamento a

⁴⁰⁸ Non ci si riferisce qui alla scelta del sistema di amministrazione, disgiuntivo o congiuntivo, o alla regolamentazione del potere di rappresentanza, le quali naturalmente restano appannaggio dei patti sociali, bensì al *modus operandi* dell'amministratore (il quale, ad es., potrebbe decidere di avvalersi, nei limiti consentiti dalla legge, di terzi mandatarî).

⁴⁰⁹ Si è già ricordato, peraltro, che, se ad amministrare la società di persone è una s.p.a., il potere esclusivo in questione può essere soltanto quello di rappresentanza.

⁴¹⁰ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8.7.2008, in *Fallimento*, 2009, p. 89; Trib. Forlì, 9.2.2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 1425. La questione tuttavia non può ancora dirsi del tutto pacifica, atteso che altre sentenze, in tempi altrettanto recenti, hanno disconosciuto la possibile esistenza di società di fatto cui partecipino società di capitali: App. Bologna, 11.6.2008, in *Fallimento*, 2008, p. 1293; Trib. Torino, 4.4.2007, in *Vita notarile*, 2007, p. 766; App. Torino, 30.7.2007, in *Giur. it.*, 2007, p. 2219.

fallimento della prima ⁴¹¹, solleva l'interrogativo circa l'ammissibilità dell'ulteriore (conseguente) fattispecie della società di capitali – amministratrice di fatto della società personale.

Gli amministratori di fatto sono stati tradizionalmente definiti come coloro che «senza titolo, o senza titolo valido, gestiscono o concorrono nella gestione della società, con un potere di fatto corrispondente a quello che la legge riconosce agli amministratori di diritto» ⁴¹².

Si è già visto (v. par. 2.5 del Capitolo II) come non sia possibile, al fine di sostenere un'eventuale responsabilità solidale in capo alla società di capitali amministratrice della società personale e alla persona fisica concretamente preposta dalla prima alla gestione della seconda, qualificare come amministratore di fatto la suddetta persona fisica. A ciò osta l'impossibilità di individuare, in capo alla stessa, il requisito soggettivo qualificante dell'amministratore di fatto, *id est* l'assenza di una sua investitura formale o l'irregolarità di quest'ultima. Non vi è dubbio infatti che la persona fisica amministratrice e legale rappresentante della società di capitali socia della società di persone sia già in quanto tale legittimata ad esprimere all'esterno la volontà di quella stessa società di capitali, e dunque anche ad impegnare validamente la società di persone amministrata. In tale contesto, pertanto, la persona fisica non abbisogna di una designazione formale da parte della società di capitali – amministratrice, né tantomeno da parte della società di persone amministrata; ne deriva

⁴¹¹ Il fallimento della società si estende ai soci illimitatamente responsabili «pur se non persone fisiche», per espresso disposto dell'art. 147, 1° comma, l. fall. Appare significativo, anche ai fini del riconoscimento della fattispecie della società di capitali – socia di fatto di altra società, che, secondo la dottrina più recente, la mancata autorizzazione all'assunzione di partecipazioni in imprese comportanti responsabilità illimitata (art. 2361, 2° comma) non possa incidere retroattivamente sull'acquisto della qualità di socio da parte della società di capitali, la quale pertanto non potrà, adducendo tale motivo, sottrarsi al fallimento: G. Palmieri, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, p. 86.

⁴¹² F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 325. Va comunque ricordato che, se ai fini della responsabilità penale per i reati societari di cui al Titolo XI del Libro V del codice civile è considerato amministratore di fatto «chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione» (art. 2639, 1° comma), appaiono invece più incerti i requisiti di esperibilità dell'azione sociale di responsabilità. A quest'ultimo fine, infatti, la giurisprudenza, in una prima fase, richiedeva comunque che l'amministratore (di fatto) fosse stato nominato dall'assemblea, anche se in modo invalido o inefficace o quantomeno tacito (Cass., 19.12.1985, n. 6493, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 374; Cass., 5.1.1972, n. 21, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 246; App. Milano, 28.3.1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 219), ritenendo altrimenti esercitabile soltanto l'azione di responsabilità *extra* contrattuale *ex art.* 2043; successivamente si è sancita la prevalenza del contenuto delle funzioni concretamente esercitate sulla mera qualificazione formale del rapporto, ritenendosi quindi applicabile la responsabilità civile (contrattuale) all'amministratore di fatto che, pure in assenza di qualsivoglia nomina, si sia sistematicamente (e non con atti di natura eterogenea ed occasionale) ingerito nella gestione della società (Cass., 14.9.1999, n. 9795, in *Società*, 2001, p. 907 con nota di Salvato; App. Milano, 9.12.1994, in *Società*, 1995, p. 926, con nota di Fattori; Cass., 5.12.2008, n. 28819, in www.italgiure.giustizia.it).

l'inapplicabilità a questa specifica fattispecie dell'istituto, di origine dottrinale e giurisprudenziale, dell'amministratore di fatto, e ciò a causa dell'impossibilità di ravvisarvi le condizioni d'esistenza.

Sotto questo profilo, quindi, non condividiamo l'affermazione giurisprudenziale, ormai risalente, secondo cui «potrebbero essere considerate amministratori di fatto della controllata – a tutto concedere – le persone fisiche che al medesimo tempo gestiscono la società “capo - gruppo”»⁴¹³: tale ricostruzione appare contrastante con la disciplina della responsabilità della società *holding*, introdotta dalla riforma societaria del 2003. Infatti, ai sensi dell'art. 2497, 1° comma, la responsabilità da etero – gestione grava *in primis* sulla società capo gruppo e, pur prescindendo sia da un rapporto di controllo tra la *holding* e la società etero diretta, sia da un vero e proprio incarico di amministrazione conferito alla prima da parte della seconda (sarebbero sufficienti ad integrare la fattispecie anche direttive informali), presuppone un *fatto*, ossia l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che, per espressa dizione normativa, è appannaggio di una società o di un ente⁴¹⁴. Ne discende che, se si volesse in qualche misura intravedere nella nuova disposizione normativa un riconoscimento della teoria dell'amministratore di fatto⁴¹⁵, tale ultima qualifica spetterebbe non alle persone fisiche che agissero per conto della *holding* ma piuttosto alla *holding* stessa⁴¹⁶. Alla luce dell'intervento

⁴¹³ App. Milano, 9.12.1994, cit., p. 928.

⁴¹⁴ P. Dal Soglio, *Commento all'art. 2497*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., Padova, 2011, p. 1338.

⁴¹⁵ Occorrerebbe, al riguardo, verificare in primo luogo se effettivamente la capogruppo possa ingerirsi nella gestione ordinaria della controllata, sostenendosi che il riconoscimento legislativo della liceità dell'attività di direzione e coordinamento implichi anche l'attribuzione delle prerogative proprie del gestore (così G. Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA. VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003; p. 202; U. Tombari, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 128) o se, piuttosto, la disciplina complessiva dell'attività di direzione e coordinamento non deroghi in alcun modo ai principi generali sulla competenza e responsabilità degli amministratori (della controllata), non potendo quindi la capogruppo imporre a questi ultimi, in modo vincolante, atti di gestione (C. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 810; G. Sbisà, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. impr.*, 2011, pp. 379 ss.; in giurisprudenza, Trib. Biella, 12.3.2007, in *Giur. comm.*, 2010, II, pp. 287 ss., ha ribadito «la permanenza della riserva di competenza esistente a favore degli amministratori, che difatti non possono liberarsi dalle loro responsabilità semplicemente obbedendo alle disposizioni della controllante»).

⁴¹⁶ Non può essere accolta la tesi di chi ha cercato di estendere la qualifica anche alla persona fisica, invocando il principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. (F. Guerriera, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 27) o interpretando estensivamente il termine «enti» di cui all'art. 2497, 1° comma (C. Esposito, *La «categoria» dell'abuso «nella»*

legislativo, risulta dunque errato negare aprioristicamente la qualifica di amministratore di fatto ad una persona giuridica (segnatamente, nel nostro caso, alla società controllante) a causa della paventata impossibilità di riferire comportamenti gestori “di fatto” al suddetto ente ⁴¹⁷. Per espressa previsione normativa, infatti, la responsabilità di cui all’art. 2497, 1° comma, grava sull’ente che svolge attività di direzione e coordinamento, con ciò presupponendosi che la paternità delle scelte compiute dagli amministratori (o finanche dall’assemblea ⁴¹⁸) dell’ente ricade proprio su quest’ultimo.

È vero, inoltre, che gli amministratori della *holding* che abbiano preso parte al fatto lesivo potrebbero essere ritenuti responsabili in solido per gli atti compiuti in danno della società etero diretta (art. 2497, 2° comma), ma ciò avverrebbe, a ben vedere, non in forza dell’applicazione della teoria dell’amministratore di fatto, bensì in forza di un’esplicita previsione normativa in tal senso: se la figura dell’amministratore di fatto è stata introdotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza allo scopo di consentire alla società di esercitare l’azione di responsabilità anche nei confronti di un soggetto non formalmente investito dei poteri di amministrazione, è evidente che una simile *ratio* non ricorre nel contesto *de quo*, visto che a ciò supplisce il (chiaro) dettato dell’art. 2497, 2° comma.

Abbiamo sin qui visto, nonostante la contrarietà di una parte della giurisprudenza, come la qualifica di amministratore di fatto potrebbe non essere estranea ad una società che eserciti attività di direzione e coordinamento; vogliamo ora tornare alla tematica principale del presente paragrafo, ossia alla possibilità che una società di capitali, in quanto socia di fatto di una società di persone, ne sia anche amministratore di fatto, innanzitutto confutando quella stessa sentenza che ha escluso, in generale, la possibilità che una persona giuridica rivesta lo *status* di amministratore di fatto.

Gli argomenti che ci inducono a dissentire dalla riferita pronuncia sono proprio quelli che, al contrario, dovrebbero corroborarla.

In primis – come abbiamo già visto *supra* in materia di direzione e coordinamento di società - il requisito oggettivo della teoria dell’amministratore di fatto, ossia il sistematico compimento di atti gestori, deve essere riferito, nel caso di una società amministratrice di altra società, non al soggetto legale rappresentante della società amministratrice, che materialmente lo ponga in

personalità giuridica dopo la riforma del diritto della società di capitali, in *Riv. dir. priv.*, 2006, pp. 78 ss.): l’art. 19, 6° comma, d.l. 1.7.2009, n. 78 convertito in l. 3.8.2009, n. 102, in materia di società pubbliche, ha chiarito che per «enti» si intendono i soggetti giuridici collettivi.

⁴¹⁷ Così App. Milano, 9.12.1994, cit., p. 928, secondo la quale tali comportamenti sarebbero riferibili soltanto alle persone fisiche da cui sono stati compiuti, e giammai alla società controllante.

⁴¹⁸ P. Dal Soglio, *ibidem*.

essere, bensì alla stessa società. La persona fisica agisce come organo della società amministratrice, manifestando verso l'esterno la volontà di quest'ultima: ne discende che l'eventuale ingerenza nella gestione della società (amministrata) è direttamente imputabile all'ente amministratore.

In secondo luogo, la sentenza qui avversata risente ancora di quella (ormai superata) sostanziale «difficoltà di configurare in generale la sussistenza di un rapporto di amministrazione facente capo ad una persona giuridica»⁴¹⁹, difficoltà che evidentemente ha suggerito di individuare un altro soggetto (persona fisica) al quale attribuire la qualifica di amministratore di fatto. Tuttavia, oggi che sembrano cadute le argomentazioni ostative alla possibilità che una persona giuridica amministri una società, quelle stesse argomentazioni non paiono astrattamente idonee ad impedire che la persona giuridica venga "riqualificata", in presenza di determinati presupposti, come amministratore di fatto.

Noi crediamo piuttosto che la tematica oggetto del presente paragrafo imponga un passo indietro nell'analisi giuridica, al fine di accertare se si possa verificare in concreto il primo presupposto della fattispecie società di capitali – amministratrice di fatto di una società personale; occorre in altri termini acclarare se una società di capitali possa essere socia di fatto di una società di persone, posto che, secondo quanto già sostenuto nel Capitolo III del presente lavoro, soltanto i soci possono essere amministratori delle società di persone.

La difficoltà consiste nel fatto che l'assunzione, da parte della società di capitali, di una partecipazione in una società personale, comportante responsabilità illimitata, richiede una deliberazione assembleare (art. 2361, 2° comma), la cui natura giuridica non è ancora pacifica in dottrina. Infatti, qualora si ritenga, secondo la tesi preferibile⁴²⁰, che la suddetta delibera equivalga ad una semplice autorizzazione - posta la competenza gestionale esclusiva in capo all'organo amministrativo (artt. 2380 *bis*, 2409 *novies*, 2409 *septiesdecies* rispettivamente per i sistemi di *governance* tradizionale, dualistico e monistico) – si potrebbe concludere che l'atto compiuto dagli amministratori in difetto dell'autorizzazione assembleare sia comunque

⁴¹⁹ App. Milano, 9.12.1994, cit., p. 928.

⁴²⁰ A. Audino, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011, p. 454; C. Bolognesi, in Grippo – Bolognesi, *L'assemblea nella società per azioni*, in Tratt. dir. priv., a cura di P. Rescigno, Torino, 2011; V. Donativi, *Commento all'art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli - Santoro, Torino, 2003, pp. 227 e ss.; F. Dagnino, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. comm.*, 2005, II, pp. 293 e ss.; F. Toschi Vespasiani, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, p. 1078.

valido ed efficace anche verso i terzi ⁴²¹. E, se così fosse, potrebbe bene affermarsi che l'organo amministrativo della società di capitali, quando abbia conferito beni o servizi della propria società in una società di persone, esercitando insieme a quest'ultima un'attività economica e dividendone gli utili, possa aver attribuito a quella società capitalistica lo *status* di socio di fatto della società personale.

A questa conclusione non potrebbe pervenirsi, *prima facie*, qualora, con parte della dottrina, si ritenesse che la competenza dell'assemblea in materia di assunzione di partecipazioni in imprese di cui all'art. 2361, 2° comma, abbia natura gestionale, tale da escludere l'efficacia dell'operazione eventualmente compiuta dagli amministratori in assenza della delibera assembleare ⁴²². In tal caso, l'assunzione della partecipazione in una società personale non potrebbe avvenire tacitamente, ossia attraverso il comportamento concludente degli amministratori della società di capitali ⁴²³.

Anche in questa logica, tuttavia, si rinvergono due argomentazioni che potrebbero superare la suddetta ricostruzione contraria alla tesi della società di capitali come socia ed amministratrice della società di persone.

Innanzitutto, ci si potrebbe domandare se, in luogo della (occasionale) delibera assembleare avente ad oggetto l'assunzione delle partecipazioni, possa efficacemente operare una clausola statutaria con la quale i soci abbiano preventivamente, in sede di introduzione della stessa, contemplato ed accettato la futura operazione ad opera degli amministratori. E la risposta pare

⁴²¹ A patto che si ritenga che le limitazioni legali (tra le quali si farebbe rientrare l'autorizzazione assembleare *de qua*) al potere generale di rappresentanza degli amministratori siano inopponibili ai terzi: G. Cottino – R. Weigmann, *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.*, III, Padova, 2004, p. 91; C. Esposito, *op. cit.*, p. 93 s.; G.D. Mosco, *Commento all'art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 612; in giurisprudenza, Trib. Forlì, 9.2.2008, cit. *Contra*, V. Donativi, *op. ult. cit.*; F. Toschi Vespasiani, *ibidem*; C. Pasquariello, *Commento all'art. 2361*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, I, Torino, 2009, p. 414; P. Morandi, *Commento all'art. 2384*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 608; in giurisprudenza, App. Bologna, 11.6.2008, cit.; Trib. Torino, 4.4.2007, cit.; App. Torino, 30.7.2007, cit.

⁴²² V. Pinto, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impresa*, 2004, 447; A. Bartalena, *Le competenze dell'assemblea*, in *Soc.*, 2005, p. 1101; P. Abbadessa – A. Mirone, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. società*, 2010, pp. 313 ss.; G.B. Portale, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, I, p. 25; C.A. Busi, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitate*, in *Tratt. di diritto dell'economia*, diretto da Picozza-Gabrielli, Padova, IV, 2008, p. 93.

⁴²³ F. Fimmanò, *Il fallimento della supersocietà di fatto*, in *Fallimento*, 2009, p. 92; in giurisprudenza, oltre alle già citate App. Bologna, 11.6.2008, Trib. Torino, 4.4.2007, App. Torino, 30.7.2007 (v. nota 397), si veda App. Napoli, 5.6.2009, in *Riv. soc.*, 2009, p. 1481.

debba essere positiva, posto che sarebbe da considerarsi lecito e determinato un oggetto sociale consistente (anche unicamente) nell'assunzione di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata ⁴²⁴. L'introduzione di una simile clausola non comporterebbe tanto uno spostamento della competenza di cui all'art. 2361, 2° comma, dall'assemblea ordinaria a quella straordinaria ⁴²⁵, quanto piuttosto la predeterminazione di un'attività che ricade (legittimamente) nell'oggetto sociale.

In secondo luogo, si è evidenziato come, anche se si ritenga invalida l'assunzione della partecipazione nella società personale a causa della mancanza dell'autorizzazione assembleare, «non sembra potersi escludere l'esistenza di un rapporto societario di fatto che renda la s.p.a. illimitatamente responsabile delle obbligazioni della società di persone irregolare, occulta o apparente, ovvero della società di persone regolare partecipata in modo occulto, ogniqualvolta emergano comportamenti o circostanze che denotino una consapevole acquiescenza alla partecipazione da parte dei soci della società di capitali, sì da integrare una tacita ratifica dell'iniziativa degli amministratori» ⁴²⁶.

Posto quindi che anche secondo la ricostruzione sopra esposta il rapporto sociale di fatto tra la società di persone e la società di capitali potrebbe essere svelato sulla base dei *factia concludentia* posti in essere dagli amministratori della seconda, è possibile affermare l'astratta configurabilità di uno dei requisiti fondamentali per il riconoscimento dello *status* di amministratore di fatto in capo alla società di capitali; in altri termini, la società di capitali può essere socia di fatto di una società di persone, presupposto indefettibile (secondo quanto detto nel Capitolo III) per l'assunzione dei poteri amministrativi.

⁴²⁴ È vero che ci si trova di fronte ad una alternativa: «o si considera illegittima la clausola statutaria che include l'assunzione di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata, ma ciò urta contro l'ammissibilità di simili partecipazioni, ovvero se ne ammette l'includibilità nello statuto» (A. Morini, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, p. 402 in corso di pubblicazione). Vogliamo anche sottolineare la differenza che intercorre tra la clausola menzionata nel testo e quella, di cui si è parlato al par. 2.2 del presente Capitolo ed in particolare alla nota 358, che, ripetendo semplicemente la formula dell'art. 2361, 1° comma, "consente" l'assunzione di partecipazioni in altre imprese nei limiti della compatibilità con l'oggetto sociale: mentre la prima, se ritenuta lecita, avrebbe l'effetto di un consenso preventivo della base sociale ad un'operazione futura degli amministratori, la seconda non farebbe altro che ribadire una possibilità già prevista dalla legge.

⁴²⁵ Spostamento della cui ammissibilità sarebbe lecito dubitare, visto che si ritiene che l'autonomia statutaria non possa mutare la natura dell'assemblea competente da ordinaria a straordinaria e viceversa: C. Bolognesi, *op. ult. cit.*

⁴²⁶ A. Audino, *op. ult. cit.*, p. 459.

Si tratta ora di accertare – riprendendo quanto accennato *supra* nel presente paragrafo – se possano ricorrere le altre due condizioni essenziali per il riconoscimento della qualifica di amministratore di fatto.

Venendo alla prima condizione, nulla osta, a nostro avviso, *all'imputabilità* alla società di capitali dei comportamenti concreti posti in essere dal suo organo legale rappresentante e sussumibili nel novero degli atti gestionali potenzialmente idonei a svelare la presenza di un amministratore di fatto. Considerato, come abbiamo già detto, che gli amministratori di una società capitalistica godono di un potere di rappresentanza generale e non più limitato (almeno sotto il profilo esterno) dall'oggetto sociale ⁴²⁷, non si può dubitare del fatto che la paternità degli atti di gestione della società di persone, da quelli compiuti, impegnino direttamente la società di capitali, ancorché si tratti, eventualmente, di atti *ultra vires*. Ovviamente, al fine di individuare il presupposto oggettivo dell'applicabilità della teoria dell'amministratore di fatto, è pur sempre necessario che i legali rappresentanti della società di capitali esercitino un'attività gestionale continuativa e non occasionale, corrispondente alle funzioni riservate agli amministratori di diritto della società di persone partecipata (di fatto) dalla società di capitali.

Pertanto, coerentemente a quanto già sostenuto nel par. 2.3 del presente Capitolo, escludiamo l'imputabilità alla società di capitali di una simile attività gestoria qualora essa dovesse essere svolta non dal suo organo legale rappresentante, ma da terzi mandatarî estranei alla sua organizzazione. Infatti, si è già visto come la società di capitali possa tutt'al più demandare al mandatario il compimento di taluni atti di gestione (della società di persone amministrata), ma sicuramente non l'intera funzione amministrativa. Ne discende che nel caso *de quo* non potrebbe ravvisarsi, in capo al mandatario e, pertanto, nemmeno in capo alla stessa società di capitali, quella caratteristica tipizzante dell'amministratore di fatto, consistente nell'«ingerenza stabile nella gestione della società di persone (n.d.r.), che si manifesti attraverso il ripetuto compimento di atti tipici dell'amministratore» ⁴²⁸.

Veniamo ora all'altra condizione “soggettiva”, fondamentale per poter ravvisare la figura dell'amministratore di fatto: l'assenza di un'investitura formale alla carica amministrativa o, quantomeno, la presenza di una designazione invalida. Effettivamente, ci si potrebbe domandare, in questa sede, se la circostanza che la società di capitali sia socia (anche se solo

⁴²⁷ Una delle novità principali dell'art. 2384 *post* riforma consiste proprio nel fatto che l'oggetto sociale non è più un limite legale ai poteri di rappresentanza degli amministratori, rilevando al più come parametro per valutare la responsabilità di questi ultimi verso la società.

⁴²⁸ App. Milano, 9.12.1994, cit., p. 927.

“di fatto”) della società di persone possa portare a definire la prima come vero e proprio amministratore “di diritto” della seconda: questo, evidentemente, perché tutti i soci (almeno quelli a responsabilità illimitata) di una società di persone ne sono di diritto amministratori, salvo diversa disposizione del contratto sociale. Si potrebbe pertanto sostenere che, una volta riconosciuta la società di capitali come socia della società personale, essa ne sia a tutti gli effetti anche amministratrice, senza necessità di ricorrere alla (controversa) teoria dell’amministratore di fatto.

Tuttavia, mancherebbe forse la *ratio* stessa dell’applicazione della suddetta teoria, ossia l’esigenza di tutelare la società di persone amministrata ed eventualmente i terzi creditori.

Infatti, quanto all’azione sociale di responsabilità verso la società di capitali amministratrice, l’ammissibilità del suo esercizio deriverebbe già dalla circostanza che quella stessa società è stata riconosciuta come socia (di fatto) e, poiché non diversamente disposto dallo statuto, anche come amministratrice: nulla sembra impedire l’applicabilità dell’art. 2260 concernente la responsabilità solidale degli amministratori di società di persone, restando invece a carico della società di capitali socia ed amministratrice l’onere di dimostrare di essere esente da colpa.

Inoltre, sotto il profilo della tutela dei creditori della società di persone, l’estensione del fallimento di quest’ultima ai suoi soci richiede come unica condizione che questi siano «illimitatamente responsabili» (art. 147, 1° comma), indipendentemente dal riconoscimento della qualifica di amministratori o dal compimento di atti gestori ⁴²⁹. La società di capitali, socia di fatto della società personale è, di *default*, come tutti gli altri soci, personalmente e solidalmente responsabile per le obbligazioni sociali (stante la mancanza di una qualsivoglia diversa pattuizione al riguardo) e, pertanto, assoggettabile al fallimento in estensione *ex art.* 147, 1° comma, l. fall. o al fallimento come socio “occulto” ai sensi del 4° comma del citato articolo.

Si è evidenziato, quindi, come la tutela della garanzia patrimoniale della società di persone e dei creditori della stessa sembri prescindere sostanzialmente dalla qualificazione della società di capitali (già riconosciuta come socia di fatto) come amministratore “di fatto” o “di diritto”

⁴²⁹ C. Bolognesi, in G. Grippo – C. Bolognesi, *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010, p. 157; C. Conforti, *La società in accomandita semplice*, in *Il Diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005, p. 530. Su questa linea di pensiero, in materia di s.a.s., si è espresso Trib. Torino, 24.12.1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 855: «il fallimento del socio accomandatario nella società in accomandita semplice prescinde dal fatto che egli non abbia mai operato»; conf. Trib. Udine, 12.12.1983, in *Società*, 1984, p. 666.

della società personale: i mezzi di protezione esperibili sembrano gli stessi e la questione sembra puramente terminologica.

Certo, la mancanza di indicazioni, nell'atto costitutivo della società personale, concernenti la nomina degli amministratori (e di conseguenza la mancanza di pubblicità) impone all'interprete di ricostruire l'architettura del governo societario; si tratta tuttavia di un'operazione che non è esclusiva della fattispecie della società di capitali – socia di fatto della società di persone, ma che è comune a tutti i casi in cui l'autonomia privata tace e si rimette alla disciplina legale suppletiva. Ma a tale ricostruzione non sembra debba venire in soccorso la teoria dell'amministratore di fatto, posto che la tutela degli interessi, ai quali essa è preordinata, è comunque soddisfatta mediante la corretta applicazione dei principi generali in materia di società di persone.

A diversa conclusione, invece, si dovrebbe pervenire – ma la relativa trattazione esula dell'economia del presente lavoro - qualora la società di capitali fosse socia di altra società di capitali: in tal caso il riconoscimento in capo alla prima della qualifica di amministratore di fatto della seconda rivestirebbe una notevole rilevanza ai fini dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, considerato che nelle società di capitali i soci non sono di diritto amministratori, ma devono essere espressamente (o anche solo tacitamente?) nominati ⁴³⁰.

⁴³⁰ Sul tema, in generale, si veda N. Abriani, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1998.

Capitolo V

Sintesi e considerazioni conclusive

Il presente lavoro, incentrato sull'argomento della legittimità della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone, nonché su quello relativo alla disciplina ad essa applicabile, si è sviluppato in diversi passaggi logico – giuridici che, a nostro avviso, portano a guardare con favore l'evolversi, sia sotto il profilo dogmatico che sotto quello pratico, dell'istituto giuridico oggetto della nostra ricerca.

L'analisi condotta si è dipanata attraverso l'osservazione e, ove necessario, la critica delle tesi attualmente formulate in materia, mediante l'utilizzo di un approccio metodologico che, partendo da considerazioni di carattere generale su argomenti già affrontati in dottrina e giurisprudenza (tra i quali emergono quello relativo alla persona giuridica – amministratrice di società e quello inerente all'amministratore – non socio nelle società personali), si estrinseca nell'indagine differenziata a seconda del tipo di società di persone possibile oggetto dell'attività di amministrazione di una società di capitali, per giungere infine a conclusioni per quanto possibile comuni ai tre modelli di società personali.

Innanzitutto, muovendoci nell'ottica - condivisa da buona parte della dottrina attuale vicina alle esigenze pratiche degli operatori giuridici del settore - dell'estensione delle novità previste per le società di capitali alle società di persone, si è proceduto, nell'Introduzione, ad un'analisi costi – benefici derivanti dalla concreta applicazione della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone, evidenziando la debolezza argomentativa di una ricostruzione teorica che si avvalga (prevalentemente) di una simile analisi.

Si è infatti visto come ogni vantaggio ed ogni rischio potenzialmente connessi all'amministrazione di una società di persone da parte di una società di capitali si espongano, nel merito, ad osservazioni discrezionali di segno opposto, certamente insoddisfacenti ai fini dell'analisi giuridica della problematica *de qua*.

In particolare, tra i possibili vantaggi, si è posto l'accento sull'auspicato miglioramento nell'esercizio delle funzioni gestionali, tramite la specializzazione e la centralizzazione degli incarichi, demandati a professionisti organizzati in forma di società di capitali aventi ad oggetto proprio la gestione di altre società. Ma si è anche visto come parte della dottrina abbia espresso perplessità circa la concreta realizzazione di un simile effetto, adducendo che la fiducia accordata alla società di capitali dipende, in ultima analisi, dalle qualità delle persone fisiche che la compongono.

E, sempre nell'ottica di un benefico "sfruttamento" delle potenzialità applicative della fattispecie in oggetto, si è ipotizzata la creazione di gruppi di società in cui una società di capitali, partecipando come socia accomandataria ad una o più s.a.s., eserciti attività di direzione e coordinamento, per la realizzazione di molteplici fini; si è tuttavia ricordato come tale ricostruzione possa dar luogo a difficoltà, specie nell'applicazione congiunta della disciplina generale in materia di gruppi e di quella precipua delle società di capitali e di persone.

Ancora, il regime di responsabilità limitata proprio dei soci della società di capitali amministratrice della società di persone è stato giudicato in ottiche tra loro contrapposte. Da un lato si è paventato il rischio che la società amministratrice, sottocapitalizzata rispetto allo scopo, rappresenti in realtà uno strumento *ad hoc* creato dai soci di maggioranza per esercitare un'attività imprenditoriale sotto forma di società di persone, senza rispondere delle obbligazioni derivanti dagli atti di gestione di quest'ultima, se non nei limiti dell'(eventualmente esiguo) capitale della società amministratrice; dall'altro lato si è obiettato, oltre all'argomentazione (giuridico-formale) della riferibilità della qualifica di amministratore soltanto alla società di capitali e non ai suoi soci o al suo organo di gestione, che la società di capitali amministratrice risponderebbe comunque con tutto il suo patrimonio (capiente o incapiente), alla stregua di una persona fisica, e che anzi le maggiori trasparenza ed oggettività del patrimonio della prima consentirebbero ai creditori della società di persone amministrata di soddisfarsi più agevolmente di quanto non potrebbero fare sul patrimonio di una persona fisica amministratrice.

Pertanto, una volta abbandonata la prospettiva legata alle utilità e ai rischi dell'utilizzo concreto di nuovi istituti, si è circoscritto il campo d'indagine agli aspetti giuridici della fattispecie società di capitali – amministratrice di società personale, allo scopo di valutarne la compatibilità con i tradizionali principi generali del diritto societario e segnatamente quelli della riserva del potere di amministrazione, nelle società di persone, in capo ai soci e del necessario affidamento del medesimo potere a persone fisiche.

In particolare, si sono prese le mosse dall'affermazione ormai ampiamente condivisa in dottrina, secondo la quale, in presenza di una società di persone i cui soci siano solo società di capitali, o si ammette che l'incarico di amministratori sia ricoperto da queste ultime, o si ammette la nomina, quale amministratore, di un terzo estraneo alla società personale, con conseguente necessaria disapplicazione di uno dei due principi sopra menzionati. E si è così cercato di verificare l'attendibilità di tale affermazione, procedendo in primo luogo ad una

ricognizione circa la vigenza dei “dogmi” dell’amministratore – persona fisica e dell’amministratore – socio nelle società di persone.

Per quanto concerne la prima tematica (trattata nel Capitolo II), ossia la possibilità che una persona giuridica amministri una società, si è indagata innanzitutto l’esistenza di eventuali ostacoli al riconoscimento, in capo ad un ente, della generale capacità di amministrare; di poi si è soffermata l’attenzione sugli argomenti utilizzati in passato dalla dottrina che negava l’ammissibilità della fattispecie persona giuridica – amministratrice di società di capitali, per accertarne la validità o meno nell’universo delle società personali.

In quest’ottica, abbiamo in primo luogo escluso che l’ineleggibilità di una società ad essere amministrata da una persona giuridica possa essere desunta esclusivamente da dati normativi riferiti in apparenza alle sole persone fisiche amministratrici. Articoli del codice civile, come il 2382 e il 2383, 4° comma - rispettivamente in materia di requisiti negativi di ineleggibilità e decadenza degli amministratori e in materia di indicazioni richieste per l’iscrizione della nomina degli stessi amministratori nel registro delle imprese - non sono da ritenersi decisivi al riguardo, il primo perché potrebbe riferirsi solo alle persone fisiche, senza con ciò esprimere un divieto all’assunzione dell’incarico da parte delle persone giuridiche, il secondo perché, pur parlando di «domicilio» dell’amministratore (evidentemente, qui, persona fisica), ben potrebbe essere esteso alla «sede» della persona giuridica – amministratrice. Del resto si è osservato che anche in passato il dato letterale, apparentemente non compatibile con la partecipazione di società di capitali in società di persone (v., ad es., gli artt. 2284, 2286, 2295), è stato superato dall’evoluzione normativa in materia (artt. 2361, 2° comma e 111-*duodecies* disp. att.).

Come sopra accennato, abbiamo analizzato gli argomenti utilizzati dalla dottrina tradizionale per negare la possibilità che una società ne amministri un’altra, allo scopo di dimostrarne l’infondatezza e/o l’irrilevanza ai fini della nostra ricerca.

In primis, si è preso in considerazione il previgente art. 2535, dettato in materia di cooperative, secondo cui «gli amministratori devono essere soci o mandatarî di persone giuridiche socie», interpretato da una parte della dottrina nel senso che amministratori potessero essere solo le persone fisiche socie o quelle nominate come mandatarie dalle persone giuridiche socie (e giammai queste ultime). Si è giustamente ribattuto che la disposizione in oggetto (mutata, *ex* art. 2542, nella forma ma non nella sostanza), lungi dal vietare ad una persona giuridica – socia della cooperativa di essere nominata amministratore, poteva ben essere interpretata estensivamente, consentendo di ampliare la cerchia dei soggetti eleggibili, comprendendovi cioè soggetti non soci, purchè mandatarî di persone giuridiche

socie. Inoltre, si è sottolineata l'inapplicabilità della disposizione *de qua* alle società di persone amministrate, stante l'estraneità ad esse della *ratio* della stessa, *id est* la riserva ai soci cooperatori della nomina della maggioranza degli amministratori. Infine, in presenza di una società di persone interamente partecipata da società di capitali, l'applicabilità della disposizione dell'art. 2535 (oggi art. 2542, 2° comma), secondo l'interpretazione qui avversata, porterebbe ad un risultato paradossale: da un lato la società di capitali non potrebbe, in quanto persona giuridica, assumere la veste di amministratore, ma dall'altro lato – considerato che entrambi gli articoli menzionati utilizzano il generico termine «persone» - essa potrebbe designare (non solo una persona fisica ma anche) un altro ente ad amministrare la società di persone, con la conseguenza più generale che le persone giuridiche potrebbero diventare amministratrici di società di persone anche quando non fossero socie di queste ultime.

Ci siamo quindi occupati di un secondo argomento potenzialmente ostativo alla nomina di una persona giuridica come amministratore di una società: la riserva di legge, in capo ai soci, della nomina degli amministratori, principio che, secondo parte della dottrina, potrebbe esser violato qualora le persone fisiche concretamente preposte alla gestione fossero scelte *ad libitum* dalla persona giuridica amministratrice della società. L'argomentazione, già criticabile nel merito in quanto non tiene conto del fatto che i soci, nominando e revocando la persona giuridica amministratrice, si avvalgono proprio di quella riserva di legge, risulta ancor più inadeguata se riferita alle società di persone amministrate. Ciò appare con tutta evidenza nella società in accomandita semplice dove, per espressa ed incontestabile disposizione normativa (art. 2318), soltanto i soci accomandatari possono essere amministratori, motivo per cui se la società di capitali è unica socia accomandataria, sarà anche amministratrice. Ma è innegabile che anche nella società semplice e nella società in nome collettivo manchi una riserva legale assoluta, in capo a tutti soci, del potere di nomina degli amministratori, atteso che lo statuto potrebbe attribuirlo ad uno o alcuni soltanto dei soci (in tal caso vi sarebbe una rinunzia preventiva, da parte degli altri soci, al suddetto potere) e che, in presenza di una clausola di libera trasferibilità delle quote, l'acquirente (divenuto socio a responsabilità illimitata) risulterebbe amministratore senza essere scelto dagli altri soci (stante il regime legale di amministrazione disgiuntiva).

Una terza argomentazione, utilizzata prima della riforma per negare sia la partecipazione di società di capitali in società di persone, sia, a maggior ragione, la gestione delle seconde ad opera delle prime, è risultata, ad un attento esame, del tutto inconferente. Trattasi dell'*intuitus personae*, elemento soltanto naturale nell'universo delle società personali, che, secondo una

contestata dottrina, potrebbe rinvenirsi esclusivamente in capo alle persone fisiche. In realtà, molteplici sono le obiezioni sollevate contro tale assunto. Innanzitutto, l'*intuitus personae* ben potrebbe rinvenirsi nell'organizzazione di un ente che garantisca puntualità nell'adempimento degli incarichi assunti, affidabilità economica e consistenza patrimoniale. In secondo luogo, si è osservato come l'*intuitus personae* non rappresenti un elemento essenziale del rapporto di amministrazione, quand'anche si volesse inquadrare quest'ultimo nell'ambito del rapporto di mandato, posto che la giurisprudenza di legittimità ha negato, anche di recente, il carattere fiduciario del mandato ad amministrare. Infine, anche nell'ottica del rispetto del *pactum fiduciae* tra amministratori e compagine sociale, non v'è dubbio che i soci della società di persone abbiano fatto affidamento sulle qualità della società di capitali – amministratrice e sui membri appartenenti all'organizzazione di quest'ultima, sicchè ogni avvicendamento tra le persone fisiche concretamente preposte alla gestione della società di persone (purchè si svolga nel contesto della rappresentanza organica o commerciale) costituisce un fatto interno alla persona giuridica amministratrice che non incide sul menzionato *pactum fiduciae* e non integra quindi una giusta causa di revoca di quest'ultima da parte della società amministrata.

Un quarto motivo ostativo all'ammissibilità della fattispecie della persona giuridica amministratrice di società di persone è stato in parte già affrontato in materia di vantaggi e rischi pratici connessi alla stessa: trattasi del pericolo di elusione della garanzia patrimoniale dei creditori della società di persone amministrata da una persona giuridica con un patrimonio inadeguato. Si è tuttavia argomentato che, sebbene effettivamente l'unico patrimonio sul quale i creditori possano soddisfarsi sia quello della società amministratrice - mentre la persona fisica preposta concretamente alla gestione della società di persone amministrata risponderà soltanto nei confronti della società di capitali amministratrice, fatta salva l'eventuale applicazione, ricorrendone i presupposti, dell'art. 2497, 2° comma - non vi è alcuna deviazione rispetto alla tradizionale immedesimazione fra potere di gestione e qualità di socio illimitatamente responsabile su cui (ancora) si fonda il sistema delle società di persone. Socia illimitatamente responsabile (con il proprio patrimonio) è la società di capitali amministratrice della società di persone, per cui è errato sostenere che i soci della società di capitali esercitino un'attività d'impresa in forma di società di persone; la società di capitali, agendo in nome e per conto della società di persone amministrata, rischia tutto "il proprio", con potenziali effetti indiretti sul valore delle partecipazioni dei suoi soci, i quali, per questo motivo, devono dare l'autorizzazione, *ex art. 2361 c.c.*, 2° comma, all'assunzione di partecipazioni nelle società di persone che comportino responsabilità illimitata. Il fatto che possa accadere, in presenza di una s.r.l. amministratrice di una società personale, che i soci

della prima siano anche amministratori (eventualmente con poteri disgiunti) e che, pertanto, possano compiere atti di gestione vincolanti per la stessa s.r.l. e per la società di persone da quest'ultima amministrata, non contraddice l'affermazione espressa *supra*, ossia che socia ed amministratrice della società personale è (unicamente) la società di capitali.

Un altro argomento addotto contro l'ammissibilità della persona giuridica amministratrice di società è stato rinvenuto nel 3° comma dell'art. 2388 che, in materia di s.p.a. (ma anche, in forza di interpretazione analogica, nelle s.r.l. dotate di c.d.a.), vieta l'espressione del voto per rappresentanza nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione. Si è tuttavia dato atto dell'orientamento prevalente della dottrina, secondo la quale il suddetto divieto riguarda esclusivamente la rappresentanza volontaria e non certo quella organica; se, infatti, tra le varie ragioni giustificatrici del divieto è stata individuata la necessità di impedire la delega della gestione a terzi, non si può ravvisare una violazione dello stesso qualora la persona giuridica esprima la propria volontà, all'interno del consiglio di amministrazione, attraverso il suo legale rappresentante. Quindi, benché il divieto in questione sia astrattamente applicabile anche alle società di persone che abbiano scelto di essere gestite da un consiglio di amministrazione, si dovrebbe concludere che la norma dell'art. 2388, 3° comma, lungi dall'impedire di nominare come amministratore una persona giuridica, imponga soltanto a quest'ultima di avvalersi, nell'esercizio delle sue funzioni, del suo rappresentante legale *pro tempore* o comunque di soggetti ad essa legati da un rapporto di rappresentanza commerciale (istitori e procuratori).

Un ultimo argomento contrario alla fattispecie *de qua* è stato individuato nella difficoltà di inserire nella struttura organizzativa della società amministrata l'ordinamento di una persona giuridica (segnatamente di una società): da un lato, infatti, il terzo risulterebbe gravato dell'onere di accertare che la persona fisica, con la quale egli contratta, sia il rappresentante legale della persona giuridica amministratrice della società, dall'altro lato si verificherebbe il rischio di un conflitto tra il regime di amministrazione proprio della società di persone amministrata e quello della società di capitali amministratrice. Quanto alla prima criticità segnalata - che peraltro non è peculiare del fenomeno di una società amministrata da altra società, ma è piuttosto riferibile a qualsiasi attività negoziale compiuta da una persona giuridica - si è giustamente risposto che in realtà il terzo contraente ha già i mezzi a disposizione (tramite il sistema pubblicitario a cui sono sottoposti gli statuti della società amministrata e della società amministratrice attributivi dei poteri di rappresentanza) per informarsi diligentemente, non potendo, in difetto, invocare la tutela del legittimo affidamento. Per quanto concerne, invece, i possibili punti di attrito tra l'ordinamento della

società di capitali amministratrice e quello della società di persone amministrata, si è sottolineato come essi risultino in realtà limitati alle ipotesi in cui l'amministratore sia una società a responsabilità limitata, mentre nessun problema sembrerebbe porsi se ad amministrare una società di persone fosse chiamata una società per azioni o una società in accomandita per azioni, stante l'inderogabilità, in questi ultimi modelli, del metodo collegiale nell'assunzione delle decisioni gestionali. Invece, in presenza di una s.r.l. amministratrice che abbia adottato un regime di amministrazione disgiuntiva, i soci ben potrebbero compiere, senza coordinarsi tra loro, atti di gestione della società di persone amministrata; peraltro, la questione sarebbe ulteriormente complicata qualora quest'ultima società fosse a sua volta retta da un regime di amministrazione disgiuntiva. Ora, a parte il fatto che, in tali eventualità, si dovrebbe ricorrere al meccanismo di cui all'art. 2257, 2° comma, relativo alle operazioni ancora da compiere, va comunque detto che l'autonomia statutaria potrebbe (e dovrebbe) prevenire queste situazioni, mediante oculte clausole che imponessero, ad esempio, la collegialità nelle decisioni della s.r.l. riguardanti la società di persone amministrata, o che attribuissero soltanto ad uno dei membri dell'organo amministrativo i poteri di gestione e di rappresentanza della società di persone.

Sempre sul tema della società amministratrice di altra società, abbiamo poi effettuato un esame comparatistico con alcuni ordinamenti stranieri, al fine di accertare se alcune delle scelte da questi adottate siano importabili nel nostro sistema societario.

Il *Code de Commerce* francese ammette incondizionatamente che una persona giuridica sia amministratrice di una società di persone o di una di capitali, prevedendo, nel primo caso, che la *personne morale gérant* possa svolgere le sue funzioni semplicemente tramite i suoi *dirigeants*, mentre, nel secondo caso, che la persona giuridica amministratrice della *société anonyme* debba designare un rappresentante permanente all'interno del c.d.a. di quest'ultima. Si è osservato, quindi, che anche nel diritto francese la regola è rappresentata dal fatto che la persona giuridica amministratrice di una società può gestire quest'ultima tramite i suoi *organes*, mentre l'obbligo di designare un rappresentante permanente che interverrà nel consiglio d'amministrazione della società per azioni amministrata sembra atteggiarsi come eccezione. Da ciò si è tratta una conferma della nostra convinzione che anche nell'ordinamento italiano, in mancanza di un dato normativo al riguardo, la persona giuridica possa amministrare una società (di persone) senza necessità di indicare, all'uopo, un rappresentante stabile.

Ancora, nel *Code de Commerce* è prevista la responsabilità patrimoniale solidale, per le obbligazioni della società amministrata (sia essa una *société en nom collectif* o una *société*

anonime), in capo alla *personne morale* amministratrice e ai suoi *dirigeants* o al suo *représentant permanent*. Si è tuttavia evidenziato come la scelta del legislatore francese possa ritenersi giustificata alla luce del fatto che la *société en nom collectif* può avere amministratori – non soci: poichè la *personne morale* amministratrice potrebbe non essere socia della *société en nom collectif*, essa non sarebbe automaticamente assoggettata a quella responsabilità illimitata e solidale per i debiti sociali che grava su tutti gli *associés*. Onde evitare che tale persona giuridica compia atti di gestione azzardati in danno della stessa *société en nom collectif* amministrata, si è previsto che l'azione sociale di responsabilità, da quest'ultima esperibile, possa colpire sia il patrimonio della persona giuridica amministratrice, sia quello delle persone fisiche che in suo nome e conto hanno agito. Nel nostro sistema normativo, tuttavia, se si accoglie la tesi che riteniamo preferibile, (in coerenza con quanto detto nel Capitolo III) secondo la quale nelle società di persone amministratori possono essere solo i soci, non può profilarsi il rischio che la persona giuridica amministratrice non risponda illimitatamente e solidalmente (con gli altri soci) per le obbligazioni assunte per conto della società amministrata. È vero che anche nel sistema societario italiano la previsione di una responsabilità solidale della persona giuridica amministratrice e delle persone fisiche, che concretamente agiscano in nome e per conto di quest'ultima, rappresenterebbe un rafforzamento della tutela della società (di persone) amministrata, ma è altresì vero che una simile previsione normativa manca né è possibile desumerla implicitamente dai principi generali.

Passando ad esaminare il sistema normativo tedesco, abbiamo focalizzato l'attenzione sulla fattispecie, nata nella prassi ma riconosciuta prima dalla giurisprudenza e quindi dal legislatore, della *GmbH & Co. KG* (società in accomandita semplice in cui l'unico accomandatario è una società a responsabilità limitata). Consapevole dell'eccezione al principio secondo cui soltanto le persone fisiche possono amministrare una società (principio sancito a proposito delle *Aktiengesellschaft*), la giurisprudenza tedesca ha circondato la *GmbH & Co. KG* di una serie di cautele, tra le quali spiccano quelle dirette a rafforzare il principio “*Keine Herrschaft ohne Haftung*”. Infatti, nella *GmbH & Co. KG* la responsabilità per le obbligazioni sociali verrebbe assunta soltanto dall'unico socio accomandatario – società a responsabilità limitata (potenzialmente priva di un patrimonio adeguato a fronteggiare tali debiti), per cui il *Bundesgerichtshof* ha ritenuto di poter estendere la suddetta responsabilità alla persona fisica che concretamente gestisce la *GmbH & Co. KG*. Ciò è potuto avvenire ricostruendo il rapporto tra l'amministratore di società di capitali e la società di capitali stessa come rapporto dal quale sorgono anche obblighi di protezione (*Schutzwirkungen*) verso la

società in accomandita semplice partecipata. E proprio la peculiarità del ragionamento sottostante all'operazione ermeneutica della giurisprudenza tedesca ne impedisce l'estensibilità sia alle ipotesi, comprese sempre nel contesto di quell'ordinamento, nelle quali tra gli altri amministratori – persone fisiche della società di persone vi siano *anche* società di capitali (a responsabilità limitata), sia, *a fortiori*, ai casi di società di persone italiane amministrate da società di capitali (indipendentemente dal fatto che vi siano o meno altri amministratori persone fisiche).

Venendo all'ultimo sistema societario straniero considerato, quello inglese, abbiamo analizzato alcune norme riguardanti la persona giuridica amministratrice di una *company* (tendenzialmente comparabile alla nostra società di capitali), data l'assenza di specifiche disposizioni inerenti alla fattispecie della persona giuridica amministratrice di una *partnership* (accostabile alla nostra società di persone). Nel *Companies Act* del 2006 si prevede che le persone giuridiche possano amministrare una società, ma si dispone altresì che questa debba avere almeno un amministratore persona fisica a capo dell'ufficio di amministrazione; pertanto una società non può mai essere l'unico amministratore di un'altra società.

Tra le varie disposizioni dell'ordinamento inglese relative alla fattispecie della *legal person* amministratrice di una *company* abbiamo evidenziato come la *Section 164*, nell'elencare i dati richiesti per l'iscrizione nel *register of directors* (tenuto dalla *company* amministrata) della persona giuridica amministratrice, non menzioni quelli relativi alla persona fisica che concretamente amministrerà la *company*. Ciò sembrerebbe deporre nel senso della non necessità della nomina, da parte della persona giuridica amministratrice, di un rappresentante stabile preposto a quello specifico compito, analogamente a quanto abbiamo concluso in materia di società di capitali amministratrici di società di persone nel nostro ordinamento giuridico (v. in particolare il par. 2.2 del Capitolo IV).

Altro aspetto di disciplina sul quale abbiamo posto l'accento concerne il regime di responsabilità al quale risulta assoggetta la persona giuridica amministratrice della *company*: non si riscontra, in materia, una responsabilità solidale tra la stessa persona giuridica e le persone fisiche suoi rappresentanti, poiché soltanto la prima è l'interlocutore formale della *company* amministrata, tant'è vero che non è prevista un'azione individuale del socio contro gli amministratori. L'azione sociale di responsabilità può essere promossa soltanto dalla società (o da alcuni soci in suo nome) nei confronti dei *directors*, siano questi persone fisiche o giuridiche; al contrario, il Legislatore inglese non ha contemplato alcuna azione di responsabilità diretta esperibile dai soci, *uti singuli*, contro gli amministratori. E si è visto che anche nell'ordinamento italiano trova applicazione il principio *ubi lex voluit dixit*, per cui il

rappresentante della persona giuridica amministratrice di una società risponderà dei suoi atti soltanto nei confronti della prima, non avendo egli alcun collegamento diretto con la seconda. Per completare l'esame comparatistico della materia, si sono prese in considerazione la disciplina del Gruppo Europeo di Interesse Economico e quella relativa alla Società Europea e alla Società Cooperativa Europea.

Quanto alla prima, l'art. 5 del D. Lgs. 23 luglio 1991, n. 240 prevede che possa essere nominato amministratore «anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da esso designato». Tuttavia tale disposizione, benché sia espressione del *favor* del Legislatore comunitario per la fattispecie della persona giuridica amministratrice di società, non può ritenersi applicabile all'ipotesi di studio, relativa alle società di capitali amministratrici di società di persone; ciò sia per le differenze che intercorrono tra il G.E.I.E. e la struttura societaria in generale, sia per la qualificazione (di mandato con rappresentanza) che sembra doversi attribuire al rapporto intercorrente tra il G.E.I.E. ed il rappresentante designato. In particolare, nel nostro sistema normativo, è dubbio che il rapporto che lega gli amministratori alla società (sia quella amministratrice sia quella amministrata) possa definirsi, *sic et simpliciter*, come mandato. Ed è ancor più dubbio (e a nostro avviso inammissibile) che la persona giuridica, per amministrare la società di persone, possa servirsi di terzi mandatarî con rappresentanza.

Peraltro, proprio la circostanza che nel G.E.I.E. amministratori possano essere anche soggetti estranei (mandatarî) sembrerebbe giustificare la previsione (dell'art. 5, 3° co., D. Lgs. n. 240/1991) della responsabilità solidale gravante sulla persona giuridica amministratrice del Gruppo e sulla persona fisica designata come rappresentante di quest'ultima. Se la *ratio* di tale responsabilità può esser individuata nell'esigenza di una maggior tutela del G.E.I.E., che potrà così agire sia nei confronti della persona giuridica amministratrice sia nei confronti del rappresentante persona fisica che opera come mandatario del Gruppo stesso, tale soluzione non sembra importabile al caso della società di persone amministrata da una società di capitali, poiché, come già più volte ripetuto, il rappresentante (persona fisica) di quest'ultima non è da considerarsi alla stregua di un mandatario della prima.

Per quanto concerne, poi, la Società Europea e la Società Cooperativa Europea, l'art. 47, Regolamento CE 8.10.2001, n. 2157, e l'art. 46, Regolamento CE 22.7.2003, n. 1435, consentono, rispettivamente, salva diversa disposizione normativa dello Stato in cui è posta la sede sociale, che lo statuto preveda che una società sia membro di un organo e, ai fini dell'esercizio dei relativi poteri, nomini un rappresentante persona fisica. Solo per la S.C.E. è stabilito inoltre che «il rappresentante è soggetto alle stesse condizioni e agli stessi obblighi a

cui sarebbe soggetto se fosse personalmente membro dell'organo» (art. 46 Reg. CE n. 1435/2003). Abbiamo però visto come le due regole enunciate in quella disciplina - necessaria nomina di una persona fisica in rappresentanza stabile della persona giuridica amministratrice e assoggettamento della suddetta persona fisica alle stesse responsabilità gravanti su ogni amministratore – non appaiano riferibili alla fattispecie della società di persone amministrata da una di capitali. Innanzitutto, la S.E. e la S.C.E. sono strutturate sui modelli rispettivamente di una s.p.a. e di una cooperativa, per cui risulta difficile applicare alle nostre società di persone principi propri delle prime (e viceversa). Peraltro, l'assoggettamento del rappresentante della persona giuridica agli obblighi e alle responsabilità come se egli stesso fosse membro dell'organo amministrativo non sembra possa essere considerato come principio generale nel contesto del diritto comunitario, visto che esso è dettato per la S.C.E. (e per il GEIE), ma non per la S.E.; né può essere, evidentemente, ritenuto estensibile alle nostre società di persone amministrate da società di capitali.

Si è pertanto concluso che la disciplina comunitaria relativa alla S.E. e alla S.C.E. sembra in realtà utilizzabile, al più, come modello di riferimento per l'interpretazione e l'aggiornamento normativo in materia di s.p.a. e cooperative italiane, soprattutto per consentire al nostro ordinamento societario di poter “concorrere”, sotto il profilo degli strumenti giuridici offerti agli operatori, con gli ordinamenti degli altri Stati membri.

Dunque, dall'analisi condotta nel Capitolo II abbiamo desunto la piena ammissibilità, in generale, della fattispecie della persona giuridica amministratrice di società (ed, in particolare, di quelle personali), sia nell'ambito del nostro ordinamento giuridico, sia di quelli stranieri considerati (francese, tedesco e inglese), sia, infine, nel contesto comunitario, pur con la precisazione che diverse scelte normative (o giurisprudenziali) proprie di sistemi societari diversi da quello nazionale appaiono difficilmente estensibili a quest'ultimo.

L'indagine si è spostata, nel Capitolo III, sull'attualità del dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone, tramite, dapprima, una sintetica ricognizione delle tradizionali tesi dottrinali relative alla natura giuridica del rapporto di amministrazione e, successivamente, un'analisi differenziata e specifica dei tre modelli di società personali, finalizzata a verificare la possibilità che queste siano amministrate da un soggetto estraneo alla compagine sociale.

Quanto al primo profilo, la principale contrapposizione è tra la tesi che considera il rapporto di amministrazione come rapporto di mandato instaurato tra la collettività dei soci (mandanti) e l'amministratore (mandatario), e la tesi che qualifica gli amministratori come «capi dell'impresa sociale», titolari di un potere originario, che essi ripetono direttamente dal contratto di società. Le due differenti ricostruzioni naturalmente riverberano i loro effetti

sull'ammissibilità o meno dell'amministratore estraneo nelle società di persone. Secondo la prima, infatti, essendo l'amministratore un mandatario, nulla impedirebbe che fosse designato un terzo estraneo alla compagine sociale; al contrario, considerando gli amministratori dell'impresa sociale come "capi" della stessa, è chiaro che soltanto in quanto soci essi possano essere investiti del potere di direzione, mentre il terzo sarebbe tutt'al più qualificabile come institore, sottoposto alle direttive dei soci.

Inoltre, fondamentale, ai fini dell'indagine intorno al dogma dell'amministratore socio nelle società di persone, è risultata la corretta individuazione delle funzioni svolte dal principio *keine Herrschaft ohne Haftung* che impedirebbe al terzo, in quanto esente da responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, di assumere i poteri di gestione. Si è visto come siano molteplici le esigenze di carattere giuridico – economico poste alla base del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata: da quelle strettamente legate ad interessi privatistici, come l'opportunità per la società di persone di attingere a finanziamenti esterni, garantiti dal patrimonio dei soci che agiscono in nome e per conto della stessa, o, ancora, la tutela dell'interesse dei soci illimitatamente responsabili (che sopportano il rischio d'impresa) a controllare l'attività da cui sorgono le relative obbligazioni, fino ad arrivare ad esigenze che trascendono gli interessi privatistici in nome del principio (che si vorrebbe essere) pubblicistico della corretta ed oculata amministrazione societaria. Si è però dato conto della discordia regnante in dottrina non soltanto in merito all'attuale vigenza del suddetto binomio, ma anche in ordine alla vera *ratio* giustificatrice dello stesso; tanto che si è ritenuto di dover circoscrivere l'indagine, nell'ambito di ciascun tipo di società di persone, alla sussistenza di quella che abbiamo definito come la *ratio* minima del principio "nessun potere senza responsabilità", ossia il rafforzamento della tutela dei terzi creditori della società, in grado di soddisfarsi, oltre che sul patrimonio sociale, anche ed *inderogabilmente*, sul patrimonio personale dei «soci che hanno agito in nome e per conto della società» (art. 2267, 1° comma). Si è quindi proceduto alla verifica, per ogni modello di società di persone, di eventuali dati normativi che consentano di ritenere ugualmente soddisfatta la tutela dei creditori sociali pur in presenza di un amministratore estraneo, nonché di quelli che, al contrario, ne impediscano la possibilità di nomina. Il tutto, ovviamente, tenendo presente quell'alternativa tra amministratore – persona giuridica e amministratore – estraneo che, all'indomani della riforma del 2003, la dottrina ha prospettato nel caso di una società di persone interamente partecipata da società di capitali.

Il primo modello esaminato è quello della società in accomandita semplice, dove l'evidenza del dato normativo per cui «l'amministrazione della società può essere conferita *soltanto* a

soci accomandatari» (art. 2318, 2° comma) è sufficiente, di per sé, ad escludere la possibilità di nominare un amministratore non socio. Soltanto eccezionalmente la legge consente di attribuire le funzioni gestorie ad un terzo o ad un accomandante, come avviene nel caso dell'amministrazione provvisoria *ex art. 2323, 2° comma*. Questa conclusione è avvalorata anche dalla struttura tipologica della s.a.s. come voluta dal legislatore, dove il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* rappresenta, più che uno strumento di tutela dell'affidamento dei terzi (l'accomandante che abbia compiuto un atto di gestione, infatti, pur non vincolando la società, ne resterebbe illimitatamente responsabile verso i terzi), un baluardo a difesa dello schema identitario della s.a.s., basato sulla contrapposizione tra accomandanti, privi per definizione dei poteri gestori, e accomandatari, soci illimitatamente responsabili e di diritto (se non diversamente disposto dallo statuto) amministratori. Logica evoluzione dell'inammissibilità dell'amministratore estraneo è apparso il riconoscimento del potere di gestione in capo alle società di capitali - accomandatari di una s.a.s. che non abbia altri accomandatari – persone fisiche; quindi, sulla base del principio di non discriminazione tra soci persone fisiche e soci persone giuridiche, consapevoli anche di non poter pervenire a soluzioni diverse a seconda della composizione della compagine sociale, si è conclusivamente affermato che una società di capitali, in quanto socio accomandatario, possa amministrare una s.a.s. indipendentemente dal fatto che vi siano o meno altri accomandatari – persone fisiche.

Si è quindi passati a verificare se il medesimo principio *keine Herrschaft ohne Haftung* trovi o meno una giustificazione causale nel modello della società semplice, e se esso svolga o meno un ruolo di rafforzamento della tutela dei creditori sociali.

Al riguardo, partendo dall'art. 2267, che prevede la responsabilità personale, solidale ed inderogabile, nei confronti dei creditori sociali, dei soci che hanno agito in nome e per conto della società e la responsabilità derogabile degli altri soci, abbiamo provato ad ipotizzare gli effetti derivanti dall'eventuale attribuzione del potere di amministrazione ad un terzo estraneo alla società. E abbiamo visto come in tale ipotesi, se tutti i soci limitassero pattizamente la loro responsabilità, i creditori sociali risulterebbero potenzialmente lesi, in quanto non potrebbero soddisfarsi su un soggetto illimitatamente responsabile, e ciò in contraddizione con le caratteristiche tipologiche del modello della società semplice, che sembra disegnare la responsabilità personale dei soci come garanzia aggiuntiva rispetto a quella propria del patrimonio sociale.

Si è altresì dato atto delle diverse ricostruzioni dottrinali, volte ad affermare ora la sussistenza della responsabilità illimitata del terzo amministratore, ora quella dei soci che abbiano nominato quest'ultimo (o perlomeno la loro *culpa in eligendo*), ora la mancanza di un reale

pericolo per i creditori sociali, data l'impossibilità – secondo questa interpretazione - di configurare una società semplice, amministrata unicamente da un estraneo, nella quale tutti i soci limitino pattiziamente la loro responsabilità per le obbligazioni sociali.

Tali ricostruzioni non sono parse condivisibili.

La prima, per non cozzare con la lettera dell'art. 2267 che sancisce la responsabilità personale dei soli soci, vorrebbe imporre al terzo amministratore di sopportare le perdite della società (consentendogli, di converso, di partecipare agli utili), finendo quindi per riconoscergli attributi propri dello *status socii*.

La seconda, gravando i soci che hanno nominato il terzo amministratore della responsabilità illimitata per gli atti di gestione da questi compiuti, presuppone evidentemente che i reali amministratori restino i soci, mentre il terzo si qualificherebbe come un semplice mandatario con potere di rappresentanza (privo di responsabilità personale nei confronti di coloro con i quali egli ha contrattato); anche la *culpa in eligendo*, che taluno ha ipotizzato in capo ai soci che hanno nominato il mandatario, sembrerebbe inidonea a rappresentare, per i creditori sociali, quella stessa garanzia patrimoniale sancita dall'art. 2267, poiché presupporrebbe, per ogni caso concreto, il previo accertamento del nesso di causalità tra le obbligazioni assunte dal mandatario (amministratore) e l'espletamento delle funzioni gestorie alle quali egli stesso è stato preposto dai soci.

La terza tesi, che non si è ritenuta accettabile, è quella tendente a svalutare il pericolo per la garanzia patrimoniale dei terzi creditori della società, nell'eventualità in cui l'amministratore fosse un terzo estraneo e tutti i soci limitassero la loro responsabilità, ritenendo irrealizzabile tale fattispecie in quanto estranea al modello della società semplice: essa in realtà pretende di allontanare un rischio concreto con argomentazioni di carattere squisitamente dogmatico, basate su una classificazione di modelli societari astratti.

Dimostrato quindi che anche nella società semplice il principio *keine Herrschaft ohne Haftung* svolge un ruolo di tutela dei creditori sociali, abbiamo altresì affermato l'incoerenza della tesi che ammette la nomina come amministratore di un soggetto estraneo soltanto quando i soci della società semplice *non* abbiano previsto un patto limitativo della loro responsabilità. Si è infatti evidenziato come, da un lato, la tutela dei creditori potrebbe venir elusa introducendo soltanto in un secondo momento un patto limitativo della responsabilità di tutti i soci non amministratori (risulterebbe difficile, sulla base della disciplina vigente, affermare l'inopponibilità del patto ai creditori, una volta che siano state rispettate le condizioni pubblicitarie dell'art. 2267, 2° comma); dall'altro lato, consentire la nomina dell'amministratore estraneo soltanto nelle società semplici ove vi fosse almeno un socio a

responsabilità illimitata determinerebbe la distinzione (arbitraria) di due sottospecie di modelli societari nell'ambito del *genus* della società semplice.

Abbiamo poi indagato in merito all'esistenza, nel modello societario in questione, di una ulteriore *ratio* del binomio potere di gestione – responsabilità illimitata, che possa apparire di più ampio “respiro” rispetto alla (pur fondamentale) esigenza di assicurare la garanzia patrimoniale dei creditori sociali. E abbiamo creduto di poterla individuare in quella distinzione, di origine convenzionale, tra due categorie di soci (quelli a responsabilità personale illimitata e quelli a responsabilità limitata), alle quali vengono tradizionalmente ascritti ruoli diversi nel contesto della medesima società, secondo uno schema già visto in materia di società in accomandita semplice, laddove invece la distinzione è imposta dalla legge. Questo assetto peraltro deriva non dall'applicazione analogica dell'art. 2318, bensì dall'art. 2267, il quale, impedendo ai soci che agiscano in nome e per conto della società di limitare la loro responsabilità per le obbligazioni sociali, sancisce un legame indissolubile tra rischio patrimoniale illimitato e potere di gestione. Legame al quale si sottrarrebbe illegittimamente il terzo amministratore che, in quanto non socio, non risponderebbe illimitatamente per le obbligazioni sociali assunte in nome e per conto della società.

Si è quindi concluso che anche nella società semplice, non potendo l'amministratore essere un estraneo, è possibile l'attribuzione della carica ad una società di capitali socia, sia nel caso in cui la società semplice risulti interamente partecipata da società di capitali, sia qualora vi siano tra i soci alcune persone fisiche (in forza del principio di non discriminazione a seconda dell'effettiva composizione della compagine sociale).

Venendo all'esame della disciplina del modello della società in nome collettivo, l'indagine si è concentrata, in primo luogo, sulla confutazione della tesi dottrinale che, partendo dal presupposto della natura derivativa del potere di gestione, ammette la nomina di un amministratore estraneo.

In particolare, si sono criticate le argomentazioni volte a fondare il carattere derivativo del potere di amministrazione sulla responsabilità illimitata di ciascun socio per le obbligazioni sociali, nonché su una particolare esegesi degli artt. 2257 e 2258.

Quanto al primo argomento, si è evidenziato come la circostanza che nella s.n.c. ciascun socio sia illimitatamente e solidalmente responsabile per le obbligazioni sociali derivanti anche da atti compiuti da altri non significa necessariamente – come invece sostenuto dalla tesi avversata - che l'amministratore (socio o estraneo) sia scelto dalla collettività dei soci e che per questo motivo tale collettività sia assoggettata ai risultati (positivi o negativi) dell'agire dell'amministratore; in realtà si può ben sostenere che i soci, sottoscrivendo quel tipo di

contratto sociale, abbiano accettato, fin dall'inizio, di sopportare gli effetti negativi della gestione altrui, senza che ciò contraddica la natura originaria del potere di amministrazione nelle società personali.

Il secondo argomento utilizzato per affermare la natura derivativa del potere di gestione nelle società di persone è quello relativo al carattere solo suppletivo e non dispositivo dell'art. 2257, 1° comma, che, lungi dal qualificare il potere di amministrazione come effetto naturale del contratto di società (come sostenuto invece dalla dottrina tradizionale), starebbe a significare che il legislatore abbia dato per presupposto, in tal caso, una sorta di attribuzione tacita del potere di gestione, da parte del gruppo, a ciascun socio. Si è replicato, pur a prescindere dalla apoditticità di tale presunzione, che anche nella s.r.l. l'art. 2475 presenta un "doppio volto" perché da un lato conferisce ai soci il potere di nomina degli amministratori, ma dall'altro, in assenza di qualsiasi indicazione statutaria, sembra riconoscere il potere gestorio in capo a tutti i soci. Per questa ragione abbiamo ritenuto non corretto dedurre dalla regolamentazione legale (sia essa dispositiva o suppletiva) del rapporto di amministrazione la natura originaria o derivata di quest'ultimo; d'altro canto ci è parso difficile negare, sulla base della predetta argomentazione, che il significato palese dell'art. 2257 (applicabile anche alle s.n.c.) consista, in mancanza di diversa disposizione statutaria, nell'investitura di ciascun socio quale amministratore della società.

Rigettata quindi la tesi dottrinale che riconosce l'ammissibilità dell'amministratore – non socio passando per il riconoscimento della natura derivativa dei poteri di gestione, si è proceduto alla confutazione di quella dottrina che perviene al medesimo risultato mediante la valorizzazione della disciplina fallimentare. Quest'ultima sembrerebbe infatti distinguere tra i fatti di bancarotta commessi dai soci illimitatamente responsabili (art. 222 l. fall.) e quelli commessi dagli amministratori (artt. 223 e 224 l. fall.), e ciò starebbe a significare, secondo la tesi da noi avversata, che le sanzioni possono colpire anche amministratori che non siano soci. In verità, si è chiarito che la *ratio* della distinzione deve essere individuata nel fatto i soci non amministratori, non potendo disporre dei beni sociali, possono perpetrare tali reati (soltanto) sui loro patrimoni personali, mentre gli amministratori, essendo titolari del potere di gestione, possono perpetrarli (anche) sul patrimonio sociale; ciò però non vale a dimostrare l'ammissibilità dell'amministratore estraneo, ma semplicemente conferma quel che è già noto, ossia che vi possono essere, nelle società personali, soci illimitatamente responsabili non amministratori.

Riprendendo allora il filo conduttore seguito nell'analisi degli altri modelli di società personali, ci siamo interrogati sulla permanenza e sulle possibili funzioni del binomio potere di gestione – rischio imprenditoriale illimitato nella società in nome collettivo.

Dopo aver descritto (e confutato) una serie di interpretazioni tendenti a sgretolare l'attualità del suddetto binomio, si è concentrata l'attenzione sull'accertamento della funzione minima, di tutela dei creditori sociali, svolta dal principio *keine Herrschaft ohne Haftung*.

Una parte della dottrina ha evidenziato come nel modello della s.n.c. - dove tutti i soci sono, di *default*, illimitatamente e inderogabilmente (salvo atto di “liberazione” da parte del creditore) responsabili per le obbligazioni sociali - la nomina di un amministratore estraneo non possa ledere la tutela dei terzi contraenti con la società; da qui si è revocata in dubbio l'immanenza del potere di gestione allo *status* di socio illimitatamente responsabile.

Abbiamo risposto a questa dottrina con due argomentazioni: la prima, che potremmo definire di carattere “tipologico”, inerente cioè agli effetti che la nomina di un terzo amministratore potrebbe produrre sui tratti precipi del modello della s.n.c. (e, più in generale, di ogni società personale), la seconda, “di merito”, riguardante la presunta equipollenza, quanto alla tutela dei creditori sociali, tra la nomina come amministratore di un socio e quella di un estraneo.

In primis, si è ritenuto applicabile anche alla s.n.c. l'art. 2267 che, coordinato con l'art. 2291, consente di affermare che i soci non amministratori della società in nome collettivo possono limitare pattiziamente (e con effetti esclusivamente interni) la loro responsabilità per le obbligazioni sociali. Da qui la nostra convinzione che anche nella s.n.c. il principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, impedendo ai soci amministratori di limitare internamente la responsabilità, consente la creazione, di natura convenzionale (come avviene nella società semplice), di due categorie di soci: quella degli amministratori con piena responsabilità (esterna ed interna) e quella dei non - amministratori con responsabilità interna limitata. Tale assetto verrebbe però “stravolto” dalla possibilità di nominare come amministratore un terzo estraneo alla compagine sociale: costui infatti sarebbe istituzionalmente privo di responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali assunte in nome e per conto della società, con conseguente palese (ed arbitraria) distonia rispetto all'ipotesi ordinaria dell'amministratore socio, illimitatamente responsabile sia esternamente che internamente.

Per quanto concerne, invece, la seconda argomentazione “di merito”, abbiamo negato che vi sia una perfetta fungibilità, quanto alla protezione dell'interesse dei creditori sociali, tra l'ipotesi “normale” del socio amministratore e quella dell'amministratore estraneo. Si è infatti osservato che, mentre i soci amministratori illimitatamente responsabili restano esposti anche alla dichiarazione di fallimento personale (art. 147 l.f.) come conseguenza del fallimento della

società, ciò ovviamente non avviene per l'amministratore estraneo, che può gestire l'impresa sociale senza rischiare alcunché. Tale situazione poi non può essere equiparata, sotto il profilo della tutela dei creditori sociali, né al caso in cui ad amministrare la s.n.c. sia un socio – persona fisica con un patrimonio esiguo (o addirittura nullatenente), né a quello in cui sia nominata come amministratrice una società di capitali (dunque con un patrimonio limitato) socia della stessa società di persone: nelle ultime due ipotesi citate l'amministratore risponde comunque personalmente ed illimitatamente delle obbligazioni da lui assunte in nome e per conto della società, indipendentemente dalla capienza del proprio patrimonio.

Per tutti questi motivi, si è concluso nel senso di ritenere prudenzialmente preferibile, in presenza di una s.n.c. interamente partecipata da società di capitali, indirizzare la nomina dell'amministratore verso una di queste ultime, piuttosto che verso un soggetto estraneo; riconosciuto poi che non sussistono ostacoli a che una persona giuridica (segnatamente una società di capitali) amministri una s.n.c. (soltanto se ne sia socia), ciò dovrà valere altresì quando la s.n.c. abbia, tra gli altri soci, (anche) persone fisiche.

Una volta acclarata l'attualità del dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone, che sembrerebbe rafforzare l'ipotesi ricostruttiva favorevole alla società di capitali quale amministratore di una società personale, si è tuttavia sottolineato, nel Capitolo IV, come non debba essere sopravvalutata, ai fini della ricerca, l'alternativa che si è posta, all'indomani della riforma, tra la fattispecie dell'amministratore – estraneo e quella dell'amministratore – persona giuridica. E questo perché: *i*) l'alternativa in oggetto potrebbe, a prima vista, conservare valenza unicamente nel caso di una società di persone interamente partecipata da società di capitali; *ii*) potrebbe non risultare del tutto infondata (sebbene da noi non condivisa) la tesi favorevole alla nomina di un amministratore estraneo nella s.n.c.; *iii*) qualora si ammetta la possibilità di nominare amministratore della società di persone (almeno di una s.s. o di una s.n.c.) un estraneo, si dovrebbe probabilmente anche ammettere che una società di capitali, pur non essendo socia della società personale, possa esserne comunque amministratrice, vista l'assenza di dati normativi contrari alla capacità generale di un ente di amministrare una società.

Si è quindi affermato che la riconosciuta possibilità che una società (di capitali) ne amministri un'altra (di persone) deriva non tanto, o non solo, dalla scelta in ordine all'alternativa concettuale di cui *supra*, quanto piuttosto da una valutazione complessiva del sistema normativo che – come ampiamente emerso nel Capitolo II – non pare in alcun modo ostare alla fattispecie in oggetto; a sostegno della nostra ricostruzione, abbiamo illustrato, sempre nel Capitolo IV, un altro dato testuale, l'art. 37 d. lgs. n. 5/2003 in materia di arbitraggio nelle

società di persone, che non esclude, a detta degli interpreti, che il ruolo di arbitratore sia ricoperto da una persona giuridica, con ciò confermandosi l'astratta idoneità di un ente ad assumere decisioni, anche di carattere gestionale, tramite la propria organizzazione (benché la figura dell'arbitratore non sia equiparabile, *sic et simpliciter*, a quella dell'amministratore).

Nondimeno, si è ritenuto proficuo (continuare a) far riferimento al dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone, allo scopo, da un lato, di precisare che una società di capitali potrà amministrare una società di persone soltanto se ne sia socia, escludendo così il pericolo che un ente, che già abbia un patrimonio limitato, non risponda delle obbligazioni sociali nemmeno entro il limite del valore del suo patrimonio, dall'altro lato, di orientare le scelte inerenti alle modalità concrete con cui la società di capitali può gestire la società di persone.

E così l'ultima parte del lavoro è stata dedicata alla ricostruzione della disciplina della fattispecie società di capitali – amministratrice di società di persone ed in particolare: alla necessità od opportunità di clausole statutarie che attribuiscano ad una società di capitali il potere di gestione di una società di persone; agli spazi di libertà lasciati alla società amministratrice nella scelta delle persone fisiche concretamente preposte all'amministrazione della società di persone amministrata; all'applicazione delle formalità pubblicitarie inerenti alla nomina dell'amministratore della società di persone.

Quanto al primo profilo di disciplina, abbiamo innanzitutto eseguito analisi differenziate in merito allo statuto della società di persone amministrata e a quello della società di capitali amministratrice.

Circa il primo statuto, è pressoché pacifica la non necessità di una clausola che consenta di affidare la gestione ad una società di capitali (ed, in generale, ad una persona giuridica), poiché tale ultima possibilità deriva direttamente dalla legge e dal principio per cui ciò che non è espressamente (o implicitamente) vietato deve ritenersi lecito. Al contrario, sarebbe necessaria l'esplicita esclusione in statuto della suddetta possibilità, al fine di vietare l'attribuzione delle funzioni gestorie ad una persona giuridica, riservandole quindi ad una persona fisica socia; si è però visto come una simile pattuizione potrebbe determinare una situazione di stallo nella scelta degli amministratori, qualora la società di persone fosse composta soltanto di soci – persone giuridiche e si ritenesse ancora valido il dogma dell'amministratore – socio nelle società di persone, motivo per cui risulterebbe meno problematica una clausola che escludesse, *tout court*, l'assunzione della qualità di socio da parte delle persone giuridiche.

Abbiamo poi sostenuto l'opportunità della regolamentazione, contenuta nei patti sociali della società di persone amministrata, delle modalità con le quali la società di capitali

amministratrice dovrà espletare l'incarico, modalità che devono risultare comunque compatibili con il sistema di *governance* adottato da quest'ultima e sempre nel rispetto dei principi giuridici fondamentali in materia di amministrazione. A tale ultimo riguardo, abbiamo espresso forti dubbi sulla possibilità di designare un rappresentante stabile della società amministratrice diverso dal legale rappresentante della stessa o dall'institore, poiché ciò probabilmente si risolverebbe nella violazione del principio generale che vieta all'amministratore di delegare interamente a terzi le proprie funzioni gestorie. Invece abbiamo ritenuto ammissibile una limitata "ingerenza" dei patti sociali della società di persone amministrata nel potere organizzativo interno della società di capitali amministratrice, nel senso che i primi potrebbero, ad esempio, disporre che la gestione resti esclusivo appannaggio del rappresentante legale della società di capitali, escludendo espressamente la possibilità di designare altri incaricati.

Passando all'esame dello statuto della società di capitali amministratrice, abbiamo rilevato come, nella maggior parte dei casi, la clausola che preveda la possibilità per la stessa società di assumere la veste di amministratore di una società di persone avrebbe il significato di un mero accertamento ricognitivo di un'opzione derivante già dalla legge, fermo restando invece la necessità di una esplicita indicazione in senso contrario, ossia per vietare il realizzarsi della fattispecie.

Nella generalità dei casi, quindi, l'assunzione, da parte di una società di capitali, di partecipazioni in società di persone e l'attività di amministrazione di queste ultime non presuppongono specifiche clausole statutarie, purchè vi sia compatibilità tra gli oggetti sociali della partecipante e della partecipata (in altri termini non si deve verificare una modifica di fatto dell'oggetto sociale *ex art.* 2361, 1° comma).

In un solo caso, tuttavia, la previsione statutaria circa la possibilità per la società di capitali di assumere partecipazioni in società di persone e di diventarne amministratore appare indispensabile: quando la società di capitali, attiva in un settore d'impresa in cui operi anche una società di persone, intenda cessare l'attività sul campo per dedicarsi esclusivamente alla gestione delle partecipazioni (di controllo) della società di persone e all'amministrazione di quest'ultima. In tale eventualità, infatti, si verificherebbe, secondo una parte della dottrina, un vero e proprio mutamento dell'oggetto sociale della società di capitali, poiché la sua attività economica diventerebbe quella di direzione e coordinamento delle società partecipate.

Al di là della (non) necessità di clausole contenute nello statuto della società di capitali amministratrice, si è comunque sottolineata l'opportunità di una regolamentazione convenzionale delle concrete modalità con cui verrà gestita la società di persone partecipata;

questo, peraltro, non allo scopo – come pure è stato sostenuto da una parte della dottrina - di esternare la possibilità che la società di capitali assuma l'amministrazione della società di persone e dunque il pericolo che essa sia chiamata a rispondere dei danni derivanti da un'eventuale *mala gestio* della società amministrata (poiché, mediante l'autorizzazione assembleare *ex art. 2361, 2° comma*, la compagine sociale accetta già il rischio imprenditoriale che deriva dall'operazione), quanto piuttosto ai fini organizzativi, se si intenda derogare (per quanto possibile) all'applicazione delle ordinarie regole relative allo svolgimento delle mansioni amministrative nelle società di capitali.

Venendo quindi ad un altro profilo di disciplina, quello relativo alla scelta delle persone fisiche tramite le quali la società di capitali può amministrare la società di persone, abbiamo effettuato una valutazione di compatibilità delle tre tipologie di rappresentanza – organica, commerciale e volontaria – con i principi generali del diritto societario, allo scopo di verificarne l'utilizzabilità nella fattispecie *de qua*.

Scontato l'esito positivo dell'accertamento quanto alla rappresentanza organica, siamo pervenuti allo stesso risultato in merito alla possibilità, per la società amministratrice, di avvalersi di institori e di procuratori, sulla base della riconduzione di entrambe le figure alla categoria dei rappresentanti legali dell'imprenditore.

Maggiori problemi ha suscitato invece la legittimità del ricorso alla rappresentanza negoziale, *id est* l'utilizzabilità, da parte della società di capitali amministratrice, di terzi mandatari dotati del potere di gestione e di rappresentanza della società di persone amministrata. Facendo leva sul principio, largamente condiviso in dottrina e giurisprudenza, della non integrale delegabilità delle funzioni gestorie degli amministratori di società, abbiamo concluso che la società di capitali non può conferire procure generali a terzi per la gestione della società di persone, ma soltanto procure speciali per il compimento di determinati atti, esattamente come potrebbe fare la stessa società di persone che non fosse amministrata da una persona giuridica. Diversamente, verrebbe violato non soltanto il suddetto principio di indelegabilità delle funzioni amministrative (valido per tutti i tipi di società), ma anche quello dell'impossibilità di nominare un terzo estraneo come amministratore delle società di persone (con conseguente verosimile violazione della riserva, in capo ai soci, del potere di nomina degli amministratori, nonchè del *pactum fiduciae* tra la società di capitali amministratrice e la società di persone amministrata). Una conferma della nostra ricostruzione, del resto, la si è rinvenuta nell'art. 2388, 3° comma, che, potendo trovare applicazione alle società di persone dotate di un consiglio di amministrazione, impedisce alla società di capitali amministratrice di votare

all'interno di quest'ultimo tramite un rappresentante volontario (cioè un mandatario), dovendo essa, al contrario, avvalersi necessariamente del suo rappresentante legale.

Alla stessa conclusione siamo pervenuti con riferimento alla subdelega, cioè alla possibilità per l'amministratore della società di capitali, già delegato da quest'ultima alla gestione della società di persone, di demandare alcuni dei propri compiti, mediante procure speciali, a terzi estranei all'organizzazione a cui egli stesso appartiene.

Ultimo profilo di disciplina di cui ci siamo occupati è quello relativo all'applicabilità delle formalità pubblicitarie in materia di nomina degli amministratori alle persone fisiche concretamente investite della gestione della società di persone amministrata dalla società di capitali.

Al riguardo abbiamo escluso la necessità della doppia pubblicità, ossia dell'indicazione, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, delle generalità sia della persona giuridica amministratrice, sia delle persone fisiche da quest'ultima designate all'espletamento dell'incarico.

Abbiamo visto come questa conclusione derivi già dalla consueta applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico in materia di tutela dell'affidamento dei terzi e di diligenza nell'informazione. Infatti, se la società di capitali si serve, nell'esercizio dell'incarico amministrativo, del suo rappresentante legale *pro tempore*, il terzo contraente con la società di persone non sarebbe gravato di alcun onere informativo aggiuntivo: nel caso in cui a rappresentare la società di persone sia l'amministratore unico o il presidente del c.d.a. della società di capitali, al terzo basterà consultare gli statuti di entrambe le società, iscritti al registro delle imprese, per verificare i poteri di colui col quale contratta; nel caso in cui la gestione della società di persone sia delegata ad uno o più amministratori o ad un comitato esecutivo, il terzo avrà diritto di chiedere, in sede di contrattazioni, che gli venga esibita copia del verbale della deliberazione del conferimento della delega, trascritto nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione (art. 2421, 1° comma, n. 4, per le s.p.a.) o nel libro delle decisioni degli amministratori (art. 2478, 1° comma, n. 3, per le s.r.l.). Anche nel caso in cui la società di capitali si serva, per l'esercizio del suo incarico, di un institore, il terzo potrà venire a conoscenza dei poteri di questi visionando la procura, iscritta al registro delle imprese, o, in mancanza, i documenti provenienti dall'imprenditore (come le lettere di accreditamento o gli elenchi dei funzionari dotati del potere di firma) attributivi dei relativi poteri, alla cui giustificazione l'institore, se richiesto, non potrà sottrarsi. Peraltro, abbiamo anche sottolineato come sia nell'ipotesi della rappresentanza organica, sia in quella della rappresentanza commerciale, già il notaio è

obbligato ad accertare la legittimazione sostanziale delle persone fisiche intervenienti in atto ed a menzionare od allegare i relativi documenti giustificativi.

Il discorso è apparso diverso, invece, se – e nei limiti in cui ciò sia ritenuto ammissibile – la società di capitali intenda avvalersi di terzi mandatari per il compimento di determinati atti di gestione della società di persone. In tale eventualità, non essendo il mandatario un amministratore o un soggetto inserito nell'organizzazione della società amministratrice, le sue generalità non potrebbero essere iscritte nel registro delle imprese *ex art. 2383, 4° comma*, né d'altronde tale pubblicità gioverebbe al terzo contraente, dato che i poteri rappresentativi del mandatario troverebbero la loro fonte unicamente nella procura civilistica, la cui esibizione, in sede di negoziazioni, è prescritta dall'*art. 1393*.

Riassumendo i termini del problema, abbiamo affermato che la società di capitali non ha alcun *obbligo*, al momento dell'accettazione della sua nomina ad amministratore della società di persone, di designare il rappresentante – persona fisica preposto concretamente allo svolgimento dell'incarico, né appare indispensabile che la società di persone amministrata recepisca, mediante atto di nomina della società amministratrice, anche la suddetta designazione (che, in quest'ottica, dovrebbe necessariamente precedere la nomina).

Nulla impedisce, tuttavia, alla società di capitali di avvalersi della *possibilità* di indicare nel proprio statuto, compatibilmente con le norme inderogabili sulla struttura e sul funzionamento del tipo societario, a quali amministratori siano attribuiti in via esclusiva i poteri di rappresentanza della società di persone amministrata ed anche, eventualmente, nelle sole s.r.l. (ove è derogabile il metodo collegiale nell'assunzione delle decisioni), i poteri di gestione. Sarà poi lo stesso amministratore della società di capitali a specificare, al momento della richiesta dell'iscrizione nel registro delle imprese della propria nomina (*art. 2383, 4° comma*), quali poteri di rappresentanza (ed eventualmente di gestione) della società di persone amministrata gli sono attribuiti dallo statuto della società di capitali amministratrice alla cui organizzazione egli appartiene.

Conclusa la ricostruzione della disciplina di base relativa alla fattispecie della società di capitali amministratrice di società di persone, abbiamo dedicato un ultimo paragrafo del presente lavoro ad una breve disamina circa la possibilità che una società di capitali, in quanto socia di fatto di una società di persone, ne assuma anche la veste di amministratore di fatto.

Il primo passo, in questo senso, è stato quello di acclarare se effettivamente una società di capitali possa essere socia di fatto di una società di persone, atteso che l'assunzione, da parte della società di capitali, di una partecipazione in una società personale, comportante responsabilità illimitata, richiede una espressa deliberazione assembleare (*art. 2361, 2°*

comma). Se si ritenga che quest'ultima abbia soltanto natura autorizzatoria e che comunque l'atto compiuto dall'organo amministrativo senza la delibera assembleare sia valido ed efficace (ric conducendo l'autorizzazione *de qua* alle limitazioni legali al potere generale di rappresentanza degli amministratori inopponibili ai terzi), si potrebbe concludere che il conferimento di beni o servizi, da parte degli amministratori della società di capitali, in una società di persone, nonché l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, siano idonei ad attribuire a quella società capitalistica lo *status* di socio di fatto della società personale. Peraltro, anche se si considerasse la deliberazione dell'assemblea di cui all'art. 2361, 2° comma, come competenza di natura gestionale, si potrebbe, a ben vedere, pervenire allo stesso risultato, perché essa potrebbe essere efficacemente sostituita da una clausola statutaria con la quale i soci avessero preventivamente, in sede di introduzione della stessa, contemplato ed accettato la futura assunzione di quote di società personali ad opera degli amministratori. Inoltre, anche se si ritenga invalida, in mancanza dell'autorizzazione assembleare, l'assunzione della partecipazione nella società personale, parte della dottrina ha ritenuto di poter individuare un rapporto societario di fatto ogniqualvolta i soci della società di capitali abbiano tenuto comportamenti concludenti integranti una tacita ratifica dell'iniziativa degli amministratori.

Abbiamo poi rinvenuto un secondo presupposto necessario per poter definire una società di capitali come amministratrice di fatto di una società di persone, ossia l'imputabilità alla prima dei comportamenti concreti posti in essere dal suo organo legale rappresentante e che denotano l'esistenza di un'attività gestionale continuativa e non occasionale, corrispondente a quella che sarebbe propria degli amministratori di diritto della società di persone partecipata (di fatto) dalla società di capitali. Si è cioè ritenuto che gli atti di gestione della società di persone, compiuti da coloro nei quali si immedesima la società di capitali socia della prima, siano direttamente riferibili alla stessa società di capitali; ciò che invece non si verificherebbe se gli atti fossero compiuti da terzi mandatari in forza di procure speciali.

Da ultimo, abbiamo tuttavia espresso dubbi sulla possibilità di rinvenire un terzo requisito essenziale della teoria dell'amministratore di fatto, quello dell'assenza di un'investitura formale alla carica amministrativa o, quantomeno, della presenza di una designazione invalida: se è vero che, salvo diversa disposizione del contratto sociale, nelle società di persone tutti i soci (a responsabilità illimitata) sono di diritto amministratori, se ne può dedurre che il requisito sopra descritto non si confà alle società di persone e che pertanto, una volta riconosciuta la società di capitali come socia (illimitatamente responsabile) della società personale, essa ne è a tutti gli effetti anche amministratrice di diritto e non "di fatto". Del

resto, si è visto come l'esigenza di tutelare la società amministrata ed i creditori della stessa non uscirebbe, nel caso di specie, potenziata dall'accoglimento della teoria dell'amministratore di fatto: una volta accertato che la società di capitali è socia (di fatto) della società di persone e dunque, in mancanza di diversa disposizione statutaria, ne è anche amministratrice, l'azione sociale di responsabilità potrà già essere esercitata nei confronti di quella *ex art. 2260*; quanto, invece, all'azione individuale dei terzi creditori sociali, essendo la sua ammissibilità già controversa nei confronti degli amministratori di diritto delle società di persone, non potrebbe certo considerarsi agevolmente esperibile contro gli amministratori di fatto. Aggiungasi che, sotto il profilo della responsabilità per le obbligazioni sociali, la società di capitali, come tutti i soci illimitatamente responsabili della società di persone, resta assoggettabile al fallimento in estensione *ex art. 147, 1° comma, l. fall.* o al fallimento come socio "occulto" ai sensi del 4° comma del citato articolo, senza che sia necessario accertare se la stessa società di capitali sia anche amministratrice di diritto o di fatto.

Pertanto la teoria dell'amministratore di fatto, se applicata all'ipotesi della società di capitali socia di società personali, non sembra rivestire quell'utilità pratica che ad essa viene invece riconosciuta se riferita al caso dell'amministrazione di altra società di capitali, ove la tutela dei terzi passa anche per l'esperibilità dell'azione individuale *ex art. 2395*.

A conclusione del presente lavoro, intendiamo ribadire il nostro orientamento favorevole alla possibilità che una società di capitali amministri una società di persone, purchè la prima sia socia della seconda e purchè le modalità di esercizio dell'incarico e le relative formalità pubblicitarie non divergano dai principi generali in materia di gestione delle società e, in particolare, di quelle di persone. Peraltro, il riconoscimento della suddetta fattispecie non sembra comportare alterazioni tipologiche dei modelli di società di persone amministrate né particolari complicazioni nell'ordinario svolgimento del rapporto tra società ed amministratori; d'altronde, le apparenti difficoltà che potrebbero manifestarsi in limitate ipotesi – segnatamente quando la società di persone fosse amministrata da una s.r.l. – risultano nella pratica superabili mediante oculate scelte dell'autonomia statutaria, finalizzate ad una preventiva definizione dei soggetti (persone fisiche) legittimati all'esercizio in concreto della gestione della società di persone.

Si ripete, tuttavia, che l'accoglimento di una "nuova" ricostruzione non può essere utilizzato come *escamotage* per introdurre fattispecie atipiche, di dubbia liceità per possibile contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico, di guisa che ciò che non è consentito agli amministratori – persone fisiche non lo può essere nemmeno alle persone giuridiche: il principio di non discriminazione tra i soggetti del diritto, infatti, opera non soltanto nel senso

di favorire una lettura evolutiva del diritto societario, tesa al riconoscimento della capacità generale di amministrare delle persone giuridiche, ma anche nella direzione opposta, ossia quella della fissazione di limiti invalicabili nell'applicazione degli istituti giuridici, i quali, nel caso di specie, servono a mantenere un preciso livello di legalità come parametro di riferimento per le scelte relative alle modalità concrete di esercizio del potere gestionale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Abriani, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1998.

Abbadessa, P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975.

Abbadessa, P. – Mirone, A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. Soc.*, 2010.

Alemagna, E., *Potere di gestione e rappresentanza degli amministratori delle s.p.a. dopo la riforma*, in *Società*, 2004.

Allegri, V., in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004.

Antolisei, F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1959.

Arnò, G. – Cancarini, S., *La società europea*, Milano, 2007.

Ascarelli, T., *Confusione del patrimonio della società e del socio, società con una anonima e società anonima simulata*, in *Foro it.*, 1931.

Ascarelli, T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1958.

Audino, A., *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006.

Audino, A., *Commento all'art. 2361*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.

Audino, A., *Commento all'art. 2396*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.

Auletta, G., *Il contratto di società commerciale: requisiti, conclusione, vizi*, Milano, 1937.

Auletta, G., *Appunti di diritto commerciale. Imprenditori e società*, Napoli, 1946.

Autuori, L., *Commento all'art. 2361*, in *Commento alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008.

Avagliano, M., *Dell'amministrazione della società e dei controlli*, in *Studi e Materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003.

Avagliano, M., *La costituzione delle società per azioni*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, n. 1/2004.

Balzarini, P., *La modernizzazione del diritto societario francese*, in *Riv. Soc.*, 2005.

Barcellona, E., *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali di conti*, Torino, 2003.

Bartalena, A., *Le competenze dell'assemblea*, in *Società*, 2005.

Benatti, F., *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. Proc.*, 1960.

Benatti, F., *Doveri di protezione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1991.

Benvenuto, L., *Organi sociali e responsabilità amministrativa da reato*, in *Società*, 2009.

Bertacchini, E., *Ermeneutica giuridica e tendenze evolutive nel diritto dell'impresa (II parte)*, in *Contr. impr.*, n. 4-5/2006.

Bianca, M., *Le società con oggetto sociale "unrestricted": un esempio da imitare?*, in *Giur. Comm.*, 2009.

Bigiavi, W., *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962.

Rizzini Bisinelli, S. – Lopatriello, S., *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000.

- Bolaffi, R., *La società semplice*, Milano, 1975.
- Bolognesi, C., *L'amministrazione delle società a responsabilità limitata dopo la riforma. Le lacune normative e le incertezze della dottrina*, in *Impresa*, 2004.
- Bolognesi, C., *Le funzioni gestorie nelle s.p.a. dopo la riforma: l'assemblea*, in *Impresa*, 2005.
- Bolognesi, C., *La Società europea (SE) al debutto: ma ci sarà concreta attuazione*, in *Impresa*, 2005.
- Bolognesi, C., *Trasformazione eterogenea: continuità soggettiva o oggettiva?*, in *Impresa*, 2006.
- Bolognesi, C., *La sede sociale dopo la riforma*, in *Impresa*, n. 1/2006.
- Bolognesi, C., *I finanziamenti dei soci di s.r.l.: il campo d'applicazione dell'art. 2467 del codice civile*, in *Impresa*, 2007.
- Bolognesi, C., *Le società di capitali possono davvero amministrare società di persone?*, in *Riv. Not.*, 2007.
- Bolognesi, C. – Grippo, G., *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010.
- Bolognesi, C. – Grippo, G., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, Torino, 2011.
- Bonafini, A.L., *Società per azioni: amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. Comm.*, 2008.
- Bonelli, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- Bonelli, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma*, Milano, 2004.
- Bordolli, G., *Nota a Cassazione 24 ottobre 2006*, in *Dir. e giust.*, n. 41/2006.

Buonocore, V., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003.

Buonocore, V., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005.

Buonocore, V., *Società in nome collettivo*, in *Il Codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1995.

Busani, A., *Nomina di persone giuridiche alla carica di amministratore di società di capitali*, in *Contabilità finanza e controllo*, 2007.

Busani, A., *Via libera dei notai alla nomina di s.p.a. – amministratore*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 12/2007.

Busi, C.A., *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitate*, in *Tratt. di diritto dell'economia*, diretto da Picozza-Gabrielli, Padova, 2008.

Busnelli, F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000.

Calandra Buonauro, V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 1984.

Calandra Buonauro, V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991.

Calandra Buonauro, V., *Potere di gestione e potere di rappresentanza*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, V, Milano, 1991.

Caccavale, C., *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di Caccavale, Magliulo, Maltoni, Tassinari, Milano, 2003.

Cafaggi, F., *La responsabilità del professionista*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, Torino, 1998.

Cagnasso, O., *I singoli contratti. La società semplice*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998.

Cagnasso, O., *Una s.r.l. come amministratore di altra s.r.l.?*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 19/2006.

Cagnasso, O., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, V, 1, Padova, 2007.

Cagnasso, O., *Le modalità delle decisioni dei soci e degli amministratori di società di persone: una rivisitazione alla luce della disciplina delle s.r.l.*, in *Giur. it.*, 2010.

Campobasso, G.F., *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2002.

Cancarini, S. – Arnò, G., *La società europea*, Milano, 2007.

Candian, Au., *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temi*, 1959.

Carusi, F., *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.

Casaroli, G., *Commento all'art. 2629*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009.

Caselli, G., *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IV, Torino, 1991.

Castronovo, C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990.

Castronovo, C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in C.

Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

Cetra, A., *La persona giuridica amministratore nelle società*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino, 2010.

- Chiametti, G., *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte prima)*, in *Impresa*, 2006.
- Chiametti, G., *S.r.l. amministrata da una società di capitale (parte seconda)*, in *Impresa*, 2006.
- Chiappa, F., *Soluzioni operative: società di persone partecipate da società di capitali*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 12/2008.
- Colombo, G.E., *Il nuovo ordinamento delle società*, a cura del Consiglio Notarile di Milano e della Scuola del Notariato della Lombardia, Federnotizie, 2003.
- Conforti, C., *La società in accomandita semplice*, in *Il Diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005.
- Conforti, C., *L'inammissibilità di amministratore estraneo alla compagine delle società di persone*, 14.4.2008, in www.personaedanno.it.
- Consiglio Nazionale del Notariato, «*Società di capitali amministratore di altra società di capitali*», Parere dell'Ufficio Studi, in risposta al quesito n. 5920/I
- Consiglio Nazionale del Notariato, «*Rappresentanza e notariato*», Studio n. 3511 del 16 dicembre 2002.
- Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Orientamento dell'8 novembre 2010, in www.consiglionotarilefirenze.it.
- Consiglio notarile di Milano, Massima n. 100 elaborata dalla Commissione e pubblicata sul sito www.scuoladinotariatodellalombardia.org.
- Corapi, D., in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiano per l'arbitrato, 2003.
- Corsi, F., *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003.

- Corsini, F., *La risoluzione dei contrasti nell'amministrazione sociale mediante «arbitrato gestionale»*, in *Corriere giur.*, 2003.
- Costi, R., *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969.
- Cottino, G. – Weigmann, R., *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.*, III, Padova, 2004.
- Dagnino, F., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Giur. Comm.*, 2005.
- D'Agostino, S., *La trasformazione eterogenea*, in *Riv. Not.*, 2008.
- Dal Soglio, P., *Commento all'art. 2497*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- De Angelis, L., *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003.
- De Gioia Carabellese, P., *I doveri dei «members» del «Board of Directors» e le relative responsabilità in Regno Unito alla luce del nuovo Companies Act 2006*, in *Società*, 2009.
- Delli Veneri, E., *Attività imprenditoriale esercitata da incapaci*, in *La volontaria giurisdizione*, a cura di Delli Veneri e Destino, Napoli, 2004.
- Denoza, F., *Le prospettive della società in accomandita semplice*, premessa a G. Fierli, *Della società chiamata accomandita*, Macerata, 1803, rist. a cura di G. Grippo, Bologna, 1991.
- Denoza, F., *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973.
- Di Amato, S., *Commento sub art. 2364 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003.

- Di Chio, G., *L'azione sociale di responsabilità nelle società personali: legittimazione del singolo socio ad esperirla?*, in *Giur. Comm.*, 1981.
- Di Chio, G., *L'art. 2320 c.c.: una norma quasi istituzionalistica*, in *Giur. comm.*, 1979, II
- Didier, P., *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, in *Revue des sociétés*, 2003.
- Di Majo, A., *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- Di Majo Giaquinto, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- Di Sabato, F., *Manuale delle società*, Torino, 1995.
- Di Sabato, F., *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Ristampa con la presentazione di G. Ferri jr., Milano, 2005.
- Di Sabato, F., *Diritto delle società*, Milano, 2005.
- Donativi, V., *Commento all'art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino, 2003.
- Esposito, C., *La «categoria» dell'abuso «nella» personalità giuridica dopo la riforma del diritto della società di capitali*, in *Riv. dir. Priv.*, 2006.
- Fazzuti, E., *Commento all'art. 2467*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
- Ferrara jr., F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980.
- Ferrario, P., *La partecipazione dei minori e degli incapaci alle società*, in *Riv. not.*, 1962, I.
- Ferretti, F., *Partecipazione di società in società di persone*, in *Temi romani*, 1984.

- Ferri, G., *Delle società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, V, Del lavoro, 3a ed., Bologna-Roma, 1981.
- Ferri, G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Torino, 1987.
- Fimmanò, F., *Il Gruppo Europeo di Interesse Economico: un istituto per la cooperazione transfrontaliera*, in *Riv. dir. impresa*, 1992.
- Fimmanò, F., *Il fallimento della supersocietà di fatto*, in *Fallimento*, 2009.
- Formaggia, I., *Commento all'art. 223*, in *Codice del Fallimento*, a cura di Pajardi, Milano, 2004.
- Fornasiero, G., *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1984.
- Fortunato, S., *Partecipazione di società di persone ad altra società di persone e nomina dell'amministratore*, in *Riv. Not.*, 1990.
- Franzoni, M., *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società, Trattato dir. com. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, Torino, 2002.
- Frascati, M., *Soluzioni operative: s.r.l. amministrata da altra s.r.l.*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 8/2007.
- Galgano, F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000.
- Galgano, F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003.
- Galgano, F., *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963.
- Galgano, F., *Le società in genere, Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, XXVIII, Milano.

Galgano, F., *“Dimenticare il vecchio per imparare il nuovo”*, titolo della Relazione di apertura al Convegno di Verona *“Un lustro dalla riforma societaria”*, tenutosi il 18 aprile 2008.

Galgano, F. – Genghini, R., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, 1, Padova, 2006.

Gallini, P., *Persona giuridica come amministratore di srl: vantaggi e limiti*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 20/2008.

Gambino, A., *Impresa e società di persone*, Torino, 2007.

Genghini, R., *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la «GmbH & Co. KG»*, in *Riv. dir. comm.*, 1989.

Genghini, R. – Galgano, F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, 1, Padova, 2006.

Ghidini, M., *Società personali*, Padova, 1972.

Gliozzi, E., *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. Soc.*, 1968.

Gliozzi, E., *Gli atti estranei all'oggetto sociale nella società per azioni*, Milano, 1970.

Graziani, A., *Diritto delle società*, Napoli, 1963.

Greco, P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.

Grippa, G., *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.

Grippa, G., *Il recesso del socio*, in *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, 6, II, Torino, 1993.

Grippa, G., *La società in nome collettivo*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999.

- Grippo, G., *Le società di persone*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999.
- Grippo, G., *Le società di persone*, in AA. VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 2004.
- Grippo, G., *Commento all'art. 2313*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009.
- Grippo, G., *Commento all'art. 2320*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009.
- Grippo, G. – Bolognesi, C., *La società in accomandita semplice*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010.
- Grippo, G. – Bolognesi, C., *L'assemblea nella società per azioni*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2011.
- Guida, P., *Sulla legittimità della nomina del procuratore generale della società di capitali*, in *Riv. Not.*, 1992.
- Guerra, P., *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, in *Riv. Soc.*, 1956.
- Guerrera, F., *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005.
- Guerrieri, G., *Commento all'art. 2388*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Guerrieri, G., *Commento all'art. 2479*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Guglielmo, R., *La partecipazione di società di persone in società personali*, in *Quaderni del notariato. Riflessi della riforma del diritto societario sulla disciplina delle società di persone*, Milano, 2006.

- Guglielmo, R., *Riflessi della riforma del diritto societario sull'amministrazione delle società di persone*, in *Riv. Not.*, 2006.
- Guicciardi, B. - Sassoni, B., *Commento all'art. 37*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Comoglio e Vaccarella, Torino, 2010.
- Guizzi, G., *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, in *Quaderni romani di diritto privato*, a cura di Angelici, Di Maio, G.B. Ferri, Masi, Padova, 1997.
- Guizzi, G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003.
- Jamiceli, R. – La Ciura, S., *L'amministratore estraneo nelle società di persone*, in *Vita notarile*, 1985.
- Jannuzzi, A. – Lorefice, P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004.
- La Ciura, S. – Jamiceli, R., *L'amministratore estraneo nelle società di persone*, in *Vita notarile*, 1985.
- Lambo, L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- Lambo, L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e responsabilità*, 2008.
- Lanza, A., *Una società di capitali amministratore di società in accomandita semplice*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970.
- Latella, D., *La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità*, in *Giur. Comm.*, 2000.
- Laurini, F., *Partecipazione di società di persone in società personali*, in *Società*, 1993.
- Libertini, M., *Costituzione e conferimenti*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano, n. 2/2004.

Libonati, B., *Holding e investment trust*, Milano, 1959.

Libonati, B., *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. Comm.*, 1965.

Licini, C., *Atto notarile e ausiliari dell'imprenditore: l'aspetto formale e documentale della rappresentanza commerciale*, in *Riv. Not.*, 1991.

Lo Gullo, M., *Responsabilità amministrativa di società ed altri enti dipendente da reato, ambito di applicazione nello spazio della potestà sanzionatoria dello Stato e libertà comunitarie*, in *Contr. Impr. Europa*, 2008.

Lombardo, F., *Commento all'art. 2259*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.

Lopatriello, S. - Rizzini Bisinelli, S., *Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione*, in *Società*, 2000.

Lorefice, A., - Jannuzzi, P., *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004.

Luminoso, A., *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984.

Maggiolo, M., *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2006.

Malberti, C., *Commento all'art. 2384*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005.

Maltoni, M., *Commento all'art. 2468*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2007.

Mancinelli, F., *«Arbitrato economico»: paralisi gestionale e sua soluzione*, in *Società*, 2005.

Manes, P., *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese*, Padova, 1999.

- Manuli, M., *Persona giuridica amministratore: necessità di un rappresentante?*, in *Vita notarile*, 2009.
- Marasà, G., *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. Civ.*, 1989.
- Marchetti, P.G., *I poteri di rappresentanza dei direttori di banca*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano, 1986.
- Margiotta, G., *La trasformazione delle società in impresa individuale*, in *Società*, 2005.
- Masi, P., *Il Gruppo europeo di interesse economico*, Torino, 1994.
- Mengali, A., *Ammissibilità della nomina di una persona giuridica quale amministratore di società*, in *Dir. e prat. delle società*, n. 1/2007.
- Menti, P., *Sub artt. 2498 - 2506-quater*, in *Comm. breve al cod. civ.*, a cura di G. Cian, Padova, 2007.
- Merle, P., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2008.
- Minervini, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- Mirone, A., *Commento all'art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.
- Mirone, A. – Abbadessa, P., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. Soc.*, 2010.
- Mongiello, A., *Il gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVII, Padova, 1994.
- Montalenti, P., *Il socio accomandante*, Milano, 1985.
- Montalenti, P., *Oggetto sociale e giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. Comm.*, 2008.

- Montanari, M., *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 1999.
- Monteverde, A., *Una nuova governance anche per le società di persone*, in *Giur. it.*, 2010.
- Montonese, A., *La rappresentanza “sociale” degli amministratori*, in www.dircomm.it.
- Morandi, P., *L'assemblea*, in *La riforma delle società*, a cura di Grippo, Roma, 2004.
- Morandi, P., *Commento all'art. 2381*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Morandi, P., *Commento all'art. 2384*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Morandi, P., *Commento all'art. 2475*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Morano, A., *Il consiglio di amministrazione nelle società di persone*, in *Società*, 1987.
- Morini, A., *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, in corso di pubblicazione.
- Mosco, G.D., *Commento all'art. 2384*, in *Società di capitali. Commentario*, II, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.
- Mosco, G.D., *Commento all'art. 2380 bis*, in *Società di capitali. Commentario*, II, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004.
- Mossa, L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, II, Padova, 1951-1957.
- Negri, G., *La società fa l'amministratore*, in *Il Sole 24 Ore*, 2.9.2006.
- Nigro, A., *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. banc. e merc. finanz.*, 2004.

- Nigro, A., *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Riv. dir. Soc.*, 2007.
- Nisio, N., *L'attività di "amministrazione" delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003.
- Ntuk, E.L., *L'azione individuale di responsabilità nelle società di persone*, in *Società*, 2009.
- Oliviero, F., *Gli amministratori di s.r.l.*, Torino, 2005.
- Oliviero, F., *Gli amministratori della S.r.l. L'autonomia statutaria*, Torino, 2005.
- Oppetit, B., *Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme*, in *JCP, G, I-Doctrine*, 1969.
- Oppo, G., *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. Civ.*, 1976.
- Orlandini, F., *Commento all'art. 37*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, Torino, 2009.
- Pagliani, A., *Amministratore estraneo alla compagine sociale nelle società personali*, in *Società*, 1994.
- Pagliaro, A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.
- Palmieri, G., *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009.
- Paolucci, M.G., *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2010.
- Parrella, F., *Amministrazione della società*, in AA. VV., *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.

- Pasquariello, C., *Commento sub art. 2495*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Pasquariello, C., *Commento all'art. 2361*, in *Commentario delle società*, a cura di Grippo, I, Torino, 2009.
- Pasquariello, F., *Commento agli artt. 2364-2366 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005.
- Pasquariello, F., *Commento all'art. 2497*, in *Commentario delle società*, a cura di G. Grippo, Torino, 2009.
- Patriarca, S., *Le società di persone come oggetto di controllo societario*, in *Società*, 2006.
- Pavone La Rosa, A., *La teoria dell'«Imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. Civ.*, 1967.
- Pedrazzi, C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Soc.*, 1962.
- Pescatore, G., *Società di capitali amministratrice di altra società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2009.
- Picciau, A., *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in AA. VV., *La nuova S.r.l., prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina – Ibba – Racugno – Serra, Milano, 2004.
- Pinto, V., *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. Impresa*, 2004.
- Pisani, L., *Società di persone “a struttura corporativa”*, Torino, 2000.
- Plasmati, G., *La trasformazione “da” ed “in” impresa individuale o mera titolarità d'azienda*, in *Riv. Not.*, 2008.

- Platania, F., *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Diritto delle Società e dei Mercati finanziari*, Collana diretta da S. Rossi, Milano, 2005.
- Platania, F., *Le partecipazioni in società di persone nella nota integrativa*, in *Società*, 2006.
- Pollock, F., *Digest of the Law of Partnership*", London, 1920.
- Porrini, M., *La società "amministratore"*, in *Impresa*, 2006.
- Portale, G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006.
- Posca, D., *Responsabilità in ambito fallimentare della società – amministratore*, in www.unioneitalianacommercialisti.it.
- Poti, A., *Il gruppo europeo di interesse economico. Schegge di disciplina e spunti per future riflessioni*, in *Riv. Not.*, 1991.
- Pugiotto, A., *Come non si interpreta il diritto. Dal sillogismo giuridico al circolo ermeneutico*, in www.dirittopubblicomc.org.
- Pugliese, F., *La partecipazione di una società di capitali in qualità di socio in una società di persone comporta violazione di norme inderogabili?*, in *Impresa e Società di persone*, a cura di A. Gambino, Torino, 2004.
- Regoli, D., *L'organizzazione delle società di persone*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008.
- Rescio, G.A., *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, relazione al Convegno di Firenze, 16-11-2002, sul tema *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, in www.federnotizie.org.
- Rescio, G.A., *La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. Soc.*, 2003.

- Restaino, L., *Commento all'art. 2384*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli – Santoro, I, Torino, 2003.
- Riccio, A., *La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone*, in *Contr. Impr.*, 2004.
- Riccio, A., *La persona giuridica può, dunque, esercitare la funzione di amministratore*, in *Contr. Impr.*, 2007.
- Richard, *La personne morale gérante d'une société de personnes*, in *JPC*, N, 1987.
- Rivolta, G.C.M., *La partecipazione sociale*, Milano, 1965.
- Rivolta, G.C.M., *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società* (Liber amicorum Gian Franco Campobasso), diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007.
- Rordorf, R., *Partecipazione di società di capitali a società di persone*, in AA. VV., *I rapporti tra le società di capitali e le società di persone e la figura del socio unico azionista*, in *Società*, 1984.
- Rossi, A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998.
- Salafia, V., *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Società*, 2006.
- Salandra, V., *Manuale di diritto commerciale*, Bologna, 1946.
- Salomone, N., *I poteri di rappresentanza*, in *La riforma delle società*, a cura di G. Grippo, Roma, 2004.
- Sanfilippo, P.M., *Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali?*, in *Giur. Comm.*, 2008.
- Sangiovanni, V., *Responsabilità degli amministratori di s.r.l. tedesca (GmbH) nei confronti della società*, in *Società*, 2005.

- Santagata, C., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007.
- Santarcangelo, G., *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2003.
- Santoni, G., *Sulla nomina di amministratori di s.r.l.*, in *Riv. dir. Comm.*, 2005.
- Sassoni, B. - Guicciardi, B., *Commento all'art. 37*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Comoglio e Vaccarella, Torino, 2010.
- Sbisà, G., *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. Impr.*, 2011.
- Scarpa, D., *La delega gestoria nella s.p.a.: architettura delle interazioni tra delegati e deleganti*, in *Contr. Impr.*, 2011.
- Schlesinger, P. – Torrente, A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994.
- Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002.
- Scognamiglio, G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA. VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003.
- Scognamiglio, R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968.
- Scozzoli, C., in AA. VV., *Il nuovo statuto delle s.r.l.*, Expert Edizioni, 2003.
- Sealy, *Cases and materials in Company Law*, London, 1992.
- Senini, E., *Revoca dell'unico socio accomandatario dall'amministrazione: è causa di scioglimento della società*; in *Società*, 2008.

Simonetto, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

Spada, P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

Spada, P., *Diritto commerciale II. Elementi*, Padova, 2009.

Spada, P., *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in AA. VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004.

Spiotta, M., *Revoca dell'unico accomandatario dalla carica di amministratore: come colmare il vuoto di potere gestorio?*, in *Giur. it.*

Stella Richter jr., M., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006.

Stella Richter, M. - Sgroi, V., *Delle persone e della famiglia*, in *Commentario Codice civile*, Torino, 1967.

Tantini, G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973.

Tantini, G., *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la «magia» delle parole*, in *Contr. Impr.*, 2008.

Tassinari, F., *Il finanziamento della società a responsabilità limitata mediante mezzi diversi dal conferimento*, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, n. 1/2004.

Tassinari, F., *Trasferimento per atto tra vivi delle quote di società di persone*, in *Riv. Notariato*, 1958.

Tassinari, F., *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993.

Tessera Chiesa, M., *La partecipazione delle società di capitali alle società di persone e la nullità del contratto sociale in Italia e in Germania*, in *Giur. it.*, 1998.

- Tomasi, T., *Commento all'art. 2392*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011.
- Tombari, U., *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività di impresa"*, in *Riv. Soc.*, 2006.
- Tombari, U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. Soc.*, 2009.
- Torrente, A. – Schlesinger, P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994.
- Toschi Vespasiani, F., *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportante responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004.
- Trabucchi, A., *Istituzioni di Civile*, Padova, 1998.
- Vassalli, F., *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973.
- Vella, F., *Commento all'art. 2542*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006.
- Venditti, A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
- Vighi, A., *La personalità giuridica delle società commerciali*, Verona – Padova, 1900.
- Villa, N., *La governance parla un nuovo linguaggio*, in *Italia Oggi*, 11.9.2006.
- Visintini, G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.
- Vitali, M.L., *I doveri degli amministratori e la protezione degli azionisti alla luce del nuovo diritto societario inglese*, in *Riv. Soc.*, 2008.
- Vivante, C., *Trattato di diritto commerciale (prima edizione)*, Torino, 1893.

Vivante, C., *Trattato di diritto commerciale (quinta edizione)*, Torino, II, 1923.

Weigmann, R. – Cottimo, G., *Le società di persone*, in *Tratt. di dir. comm.*, III, Padova, 2004.

Zagra, G., *Iscrizione nel registro delle imprese: le novità della riforma sulla sede sociale*, in *Società*, 2005.

Zanelli, P., *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962.

Zanarone, G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell' economia*, diretto da Galgano, VIII, Padova, 1985.

Zucconi Galli Fonseca, E., *Commento all'art. 37*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 2006.